

--FASCICULE-----

Folio 583016, Cote 03,2015,
Coll. AD 0, Mac 254, fasc. 149

Titre fascicule	Notion de service public
Sous-titre 1	Droit interne et droit de l'Union européenne

Auteur	
Prénom	Pierre
Nom	Esplugas-Labatut
Qualité	Professeur de droit public à l'université Toulouse I Capitole
Qualité	Institut Maurice Hauriou

--POINTS-CLÉS-----

1. - La notion juridique de service public est apparue en droit interne à la fin du XIXe et au début du XXe siècle comme **critère de compétence** entre les juridictions administratives et judiciaires. Ce n'est que sous l'influence d'un ensemble d'auteurs que le service public fut considéré ensuite comme une notion clé du droit administratif (*V. n° 1 à 9*).
2. - Après une période d'indifférence, puis de conflit, le droit de l'Union européenne, prend en compte désormais une logique propre aux activités d'intérêt général sous forme, en particulier, **de services d'intérêt général et de services d'intérêt économique général** (*V. n° 10 à 18*).
3. - Le droit positif interne ne donne pas de définition générale du service public. Il permet seulement d'identifier des **éléments constitutifs**. Ces derniers sont la prise en charge d'une activité par une personne publique, dans un but d'intérêt général, selon un régime exorbitant du droit commun. Cependant, chacun de ces éléments peut désormais être dissocié des autres (*V. n° 21 à 61*).
4. - Les **services d'intérêt général** sont une catégorie, en droit de l'Union européenne, englobant toute activité d'intérêt général, quelle que soit sa nature, économique ou non. En ce sens, ils incluent les « **services non économiques d'intérêt général** », les « **services sociaux d'intérêt général** », les « **services économiques d'intérêt général** » et les « **services universels** ». Toutes ces entités doivent respecter les principes généraux des traités (transparence, non-discrimination, égalité de traitement, proportionnalité). En revanche, seules celles correspondant à des activités de nature économique sont soumises aux règles du marché intérieur et de la concurrence déduites du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (*V. n° 63 à 65*).
5. - Les **services sociaux d'intérêt général** sont une catégorie émergente. Le principe reste celui de l'**application à leur égard des règles du traité** s'ils constituent des **activités économiques**. En revanche, les **services** dont l'activité est de nature **exclusivement**

sociale sont écartés du champ d'application des règles de concurrence. En outre, une reconnaissance spécifique des services sociaux d'intérêt général existe désormais par le traitement particulier que peut leur accorder le droit dérivé (V. n° 66 à 71).

6. - Les services d'intérêt économique général peuvent être définis comme des **activités de nature économique** remplissant des missions considérées par les autorités publiques comme **d'intérêt général** et soumises de ce fait par les États membres à des **obligations spécifiques de service public**. De telles activités bénéficient de **dérogations à la concurrence**, notamment par la possibilité d'accorder des « **compensations de service public** » (V. n° 72 à 88).
7. - Le droit de l'Union européenne dérivé se réfère, dans certains secteurs comme les communications électroniques et les postes, à la notion de **service universel**. Cette dernière induit des obligations, imposées dans l'intérêt général, applicables à des prestations de base et autorisant des dérogations à la concurrence (V. n° 89 à 100).
8. - La compétence de l'État ou des collectivités territoriales pour créer ou supprimer un service public est en principe **discrétionnaire**. Toutefois, **le domaine de création ou de suppression** peut être limité (V. n° 103 à 116).
9. - Tout service public se voit appliquer des règles inhérentes à ce type d'activité. Ces règles fondamentales sont constituées par les principes **de continuité, d'égalité et d'adaptation** (V. n° 118 à 145).
10. - Le régime juridique du service public est complété par des règles complémentaires applicables dans un certain nombre de cas. Ces règles sont la **gratuité, la transparence** et la **participation** (V. n° 146 à 167).
11. - **L'usager** du service public est uni, en principe, par **des liens de droit public ou de droit privé**, selon que le service est administratif ou industriel et commercial. Il peut, néanmoins, toujours contester devant le juge administratif les **décisions d'organisation du service** (V. n° 168 à 181).

--SOMMAIRE GÉNÉRÉ -----

--INDEX ALPHABÉTIQUE -----

Adaptation, 141 à 145
Agent, 122 à 128, 133, 139, 165
Aides d'État, 83 à 85
Cocontractant, 121, 145
Communications électroniques, 89 à 100
Compensation de service public, 85
Continuité, 118 à 128
Création et suppression, 102 à 116
Critère de compétence, 2, 3, 9
Droit de la concurrence, 51 à 53, 65, 68 à 72
Droit de la consommation, 52, 53
École du service public, 4, 5
Égalité, 129 à 138
Électricité, 81, 91, 160, 162
Énergie, 80, 160, 162
Financement, 81 à 88, 96 à 99, 147 à 149

Gaz, 81, 160, 162
 Gratuité, 146 à 147
 Grève, 122 à 128
 Intérêt général, 39 à 46, 79
 Laïcité, 140
 Liberté du commerce et de l'industrie, 40, 43 à 45
 Lois du service public, 117 à 145
 Neutralité, 139 à 140
 Obligations de service public, 80, 83, 84
 Participation, 163 à 165
 Personne privée, 32, 33, 46, 56, 60, 171
 Personne publique, 31, 36, 37, 46, 57, 59, 170
 Postes, 89 à 100, 109, 156
 Prerogatives de puissance publique, 59 à 61
 Qualité, 166
 Régime exorbitant du droit commun, 47 à 61
 Redevance, 148 à 149
 Séparation des fonctions, 153 à 162
 Service universel, 89 à 100
 Services d'intérêt économique général, 14 à 18, 72 à 90
 Services d'intérêt général, 17, 18, 63 à 65
 Services sociaux d'intérêt général, 66 à 71
 Services publics administratifs, 55 à 56, 147, 170, 171, 179
 Services publics constitutionnels, 13, 105 à 110
 Services publics industriels et commerciaux, 50 à 52, 57, 58, 143, 148, 149, 172 à 174, 180
 Services publics locaux, 43, 113 à 116, 164
 Services publics nationaux, 104 à 110
 Tarif, 143, 147 à 149
 Transparence, 150 à 162
 Transport ferroviaire, 80, 158
 Usager, 120, 133 à 140, 142 à 143, 149, 151, 163 à 164, 168 à 181

--COMMENTAIRES-----

I. - Généralités

1° Historique en droit interne

1. - Émergence du service public

La notion juridique de service public apparaît en droit interne à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle. Toutefois, la réalité du service public a existé avant que le concept ne soit apparu et l'expression forgée. Le service public trouve ainsi ses racines au Moyen Âge dans des pratiques comme les banalités seigneuriales et les communautés urbaines. Celles-ci impliquent la fourniture de services collectifs et des charges communes. Sous l'Ancien Régime, un exemple de prémisses de service public peut être donné avec la poste royale créée par Louis XI en 1464. À l'origine, simple administration au service du roi, elle sera progressivement au service du public et obtiendra un monopole en 1681. Enfin, sous la Révolution, le terme même de service public commence à faire son apparition même s'il conserve une place secondaire. Il est susceptible de plusieurs acceptions : il peut être assimilé à la fonction publique, correspondre à une tâche d'intérêt général (sens du service ecclésiastique), à une prestation fournie à un citoyen (« un secours ») ou à un organe fournissant une prestation (la poste). La notion de service public est cependant encore intuitive (*X. Besançon, Les services publics en France. Du Moyen Âge à la Révolution : Presses des Ponts et chaussées, 1995 ; Les grandes étapes de la notion de*

service public : Rev. concessions 1998, n° 1, p. 53. – G. Guglielmi [ss dir.], *Histoire et service public* : PUF, 2004. – P. Jourdan, *La formation du concept de service public* : RDP 1987, p. 89. – J.-L. Mestre, *La notion de service public d'après les débats à l'Assemblée constituante* : EDCE, n° 40, 1988, p. 197 ; À propos de l'expression *service public*. *Quelques considérations historiques*. Mél. G. Darcy : Bruylant, 2012, p. 543).

2. - Service public, critère de compétence

C'est en réalité la question de la répartition des compétences entre les ordres juridictionnel, judiciaire et administratif, qui a conduit le service public à occuper une place centrale en droit administratif. Le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires commandait effectivement la recherche d'un critère de compétence. La première décision notable établie à ce sujet est la décision du Tribunal des conflits Blanco (*T. confl.*, 8 févr. 1873 : *Lebon*, 1^{er} suppl., p. 61, concl. David). Le considérant de principe est le suivant : « La responsabilité qui peut incomber à l'État pour les dommages causés aux particuliers par le fait de personnes qu'il emploie dans le service public, ne peut être régie par les principes qui sont établis dans le Code civil pour les rapports de particuliers à particuliers ». Le juge des conflits se réfère donc bien au service public pour justifier la compétence du juge administratif.

3. - Prolongements de la jurisprudence Blanco

La décision Blanco sera prolongée par une série d'arrêts importants unifiant le contentieux de l'État avec celui des autres personnes publiques. Le service public fonde ainsi la compétence du juge administratif en matière de responsabilité contractuelle des communes (*CE*, 4 mars 1910, *Thérond* : *Lebon*, p. 193 ; *S.* 1911, 3, p. 17, concl. Pichat, note Hauriou), des départements (*CE*, 6 févr. 1903, *Terrier* : *Lebon*, p. 94 ; *S.* 1903, 3, p. 25, concl. Romieu, note Hauriou) et enfin en matière de responsabilité extracontractuelle (*T. confl.*, 29 févr. 1908, *Feutry* : *Lebon*, p. 208 ; *S.* 1908, 3, p. 97, concl. Tessier, note Hauriou).

4. - Interprétation de la jurisprudence par l'École du service public

La mention du service public dans la décision Blanco semble, en réalité, plutôt être une simple clause de style que la consécration d'un principe de portée générale. À ce titre, la portée de cette décision sera ramenée, pendant près de 30 ans, seulement à la condamnation du critère antérieur de l'État débiteur (suivant lequel sont réservés à la compétence administrative tous les litiges tendant à une condamnation pécuniaire de l'État). C'est en fait sous l'influence d'un groupe d'auteurs français de la première moitié du XXe siècle, formant ce que l'on a appelé « l'École du service public » ou « l'École de Bordeaux », que la décision Blanco sera redécouverte et le service public considéré comme le fondement de l'État et du droit administratif (*P. Brunet*, *Doctrines juridictionnelles et doctrines méta-conceptuelles du service public*, in *Le service public, colloque de l'AFDA* : Dalloz, 2014, p. 21. - *Y. Gaudemet*, *La fin des écoles du service public*, in *Florilèges du droit public [IDPA, 20 ans de droit public]* : La mémoire du droit, 2011. - *F. Melleray*, *École de Bordeaux, école du service public et école duguiste* : RDP 2001, p. 1887).

5. - Doctrine de l'École du service public

L'École du service public a contribué à théoriser un modèle du service public. Toutefois, le projet de deux de ses chefs de file, Léon Duguit et Gaston Jèze, est différent. La volonté du premier est avant tout de limiter la puissance de l'État. Il élabore ainsi une nouvelle théorie de l'État articulée, non plus autour de l'idée de puissance, mais de service public. Il écrit à ce titre : « L'État n'est pas comme on a voulu le faire et comme on a cru quelque temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté ; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants » (*Duguit*, *Traité de droit constitutionnel*, t. 2 : *Boccard*, 3e éd., 1928, p. 59). En d'autres termes, pour Duguit, le service public constitue à la fois le

fondement de la légitimité des gouvernants et la limite de leur pouvoir (F. Melleray [dir.], *Autour de L. Duguit* : Bruylant, 2011. - E. Pisier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'État de L. Duguit* : LGDJ, 1972).

La démarche de son disciple, G. Jèze, est différente car il cherche davantage à rendre compte du droit positif. Pour cet auteur, le service public doit permettre de donner une explication globale du droit administratif. En effet, c'est parce que l'Administration assure des activités de service public qu'elle est soumise à des règles exorbitantes de droit commun. C'est à ce titre que G. Jèze a affirmé que le service public est « la pierre angulaire du droit administratif ». De plus, cette notion présente pour avantage de trancher de manière rationnelle la compétence entre les juges judiciaire et administratif (*Actes du colloque « G. Jèze. Printemps de la jeune recherche »*. Introduction P. Gonod : RFDA 2012, 141. - J.-C. Venezia, *Jèze et le service public* : Rev. hist. fac. de droit, n° 12, 1992, p. 93).

6. - Importance relative en droit positif

La notion de service public n'a pas toujours eu l'importance que lui a prêtée l'École de Bordeaux. Très tôt, en effet, des décisions de jurisprudence importantes se sont référées à des critères autres que celui du service public. Ainsi, le critère des prérogatives de puissance publique fut utilisé par le juge notamment pour différencier les établissements publics des établissements d'utilité publique (*T. confl.*, 9 déc. 1899, *Assoc. syndicale du Canal de Gignac* : Lebon, p. 731 ; *S.* 1900, 3, p. 49, note Hauriou) et celui des clauses exorbitantes du droit commun pour distinguer les contrats administratifs des contrats de droit privé (*CE*, 31 juill. 1912, *Sté granits porphyroïdes Vosges* : Lebon, p. 909, concl. Blum ; *RDP* 1914, p. 145, note Jèze). À ce titre, certains auteurs ont souligné que le service public avait perdu sa vertu explicative du droit administratif, ce d'autant plus que cette notion se heurte à des problèmes de définition (*V. n° 20*). La crise du service public devint alors un thème récurrent (*J.-L. de Corail, La crise de la notion juridique de service public en droit administratif français* : LGDJ, 1954. - G. Morange, *Le déclin de la notion juridique de service public* : D. 1947, chron. p. 45. - M. Waline, *Vicissitudes récentes de la notion de service public* : Rev. adm. 1948, p. 23. - V. aussi G. Bigot, *Les faillites conceptuelles de la notion de service public en droit administratif* : RFDA 2008, p. 1).

7. - Importance idéologique et politique

Le service public a été conçu, notamment sous l'influence de Duguit, comme un instrument afin de légitimer l'action de l'État. Celle-ci est justifiée par des missions de service public. En outre, le service public a pu être considéré comme l'expression d'une philosophie ou d'une morale républicaine. Au contraire de l'entreprise privée guidée essentiellement par le profit, l'activité de service public n'est, en effet, pas réductible à la seule fourniture de prestations. Elle permet ainsi la réduction d'inégalités sociales ainsi que la réalisation de droits fondamentaux comme celui de bénéficier d'un enseignement public, gratuit et laïque, les droits à la protection de la santé et à la sécurité matérielle, tous proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946 (*V. n° 109*).

En sens inverse, le professeur Pierre Delvolvé a développé la thèse selon laquelle le service public est potentiellement porteur de menaces contre les libertés publiques (*P. Delvolvé, Service public et libertés publiques* : RFDA 1985, p. 1. - en réaction à cet article, S. Regourd, *Le service public et la doctrine. Plaidoyer dans le procès en cours* : RDP 1987, p. 5).

En fait, au-delà des clivages politiques et idéologiques persistants et des effets de mode qui conduiraient à considérer le service public comme une notion en déclin, voire en extinction (G.-J. Guglielmi, G. Koubi, *Le service public à la française : une notion en extinction*. Cahiers

Commenté [SV(1)]: 21 (?)

Commenté [PE2R1]: 21

Commenté [SV(3)]: 108 (?)

Commenté [PE4R3]: 107

Commenté [PE5R3]:

français, n° 339, *Les services publics* : Doc. fr., 2007, p. 1), celui-ci continue à expliquer finalement le sens profond de l'action des collectivités publiques.

8. - Place du service public dans la législation actuelle

Après avoir été pendant longtemps assez peu disert, le législateur a pris l'habitude d'affirmer solennellement, parfois en préambule ou dans des parties de textes dédiées que l'activité concernée correspond à une ou des missions de service public. Les textes de lois sont relatifs, par exemple, à l'éducation (*C. éduc.*, art. L. 111-1), au secteur pénitentiaire (*L. n° 2009-1436*, 24 nov. 2009, titre 1^{er} : *JO* 25 nov. 2009, p. 20192), à la communication audiovisuelle (*L. n° 86-1067*, 30 sept. 1986, art. 43-11 : *JO* 1^{er} oct. 1986, p. 11749), au transport ferroviaire (*C. transp.*, art. L. 2101-1), à l'électricité (*C. énergie*, art. L. 121-1 et s.), aux communications électroniques (*CPCE*, art. L. 35 et s.), aux activités postales (*CPCE*, art. L. 1 et s.) ou encore à la santé (*CSP*, art. L. 6112-1).

9. - Place du service public dans la jurisprudence actuelle

La jurisprudence est plus réservée pour se référer au service public. Ainsi, une étude, certes aujourd'hui ancienne mais portant sur une base de 5 000 arrêts du Conseil d'État, a montré que seulement 126 mentionnaient l'expression service public et 82 comportaient dans leur motivation une référence à cette notion (*M. Gentot, L'identification du service public par le juge administratif* : *AJDA*, n° spécial, 1997, p. 30. – V. aussi J.-L. de Corail, *La doctrine du service public, de la définition et de la nature du droit administratif et de la compétence du juge administratif* : *Rev. adm.* 1997, p. 24).

Il reste que le service public exerce encore une influence notable pour déterminer la compétence de la juridiction administrative (*M. Touzeil-Divina, Et si le service public était le critère du droit administratif ?* Mél. S. Regourd : *Institut Universitaire Varenne*, 2019, p. 699). Ceci est vrai en matière :

- d'actes administratifs unilatéraux individuels pris par une personne publique si le service public est administratif (*CE, ass.*, 17 juill. 1967, *Allegretto* : *Lebon*, p. 315 ; *D.* 1968, *jurispr.* p. 109, note *Carron*) ou pris par une personne privée, relatifs à la gestion d'un service public administratif et qui révèlent la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique (*CE, sect.*, 13 janv. 1961, *Magnier* : *Lebon*, p. 315 ; *RDP* 1961, p. 155, *concl. Fournier*) ;
- d'actes réglementaires relatifs à l'organisation et au fonctionnement d'un service public industriel et commercial (*T. confl.*, 15 janv. 1968, *Cie Air France c/ Épx Barbier* : *Lebon*, p. 789 ; *RDP* 1968, p. 893, note *Waline*) (seuls cependant ont cette qualité d'actes réglementaires ceux ayant un impact direct sur la situation des usagers (*T. confl.*, 11 janv. 2016, n° 4038, *Comité d'établissement de l'unité clients et fournisseurs Île-de-France des sociétés ERDF et GRDF*) au motif que le juge administratif ne saurait contrôler le fonctionnement interne d'une société de droit privé) ;
- de contrats administratifs (*CE, sect.*, 20 avr. 1956, *Bertin* : *Lebon*, p. 167 ; *RDP* 1956, p. 869, *concl. Long*, note *Waline*) ;
- d'agents publics d'un service public administratif (*T. confl.*, 25 mars 1996, *Berkani* : *JurisData* n° 1996-600867 ; *Lebon*, p. 535 ; *AJDA* 1996, p. 354, *chron. Stahl et Chauvaux*) ;
- de domaine public (*CE, sect.*, 19 oct. 1956, *Sté Le Béton* : *Lebon*, p. 375 ; *D.* 1956, *jurispr.* p. 681, note de *Laubadère*). Toutefois, l'évolution récente du droit des propriétés publiques fait apparaître un recul de l'affectation au service public comme critère

d'appartenance au domaine public (en ce sens, C. Laval, *Que reste-t-il de la jurisprudence Société Le Béton ?* : RFDA 2010, p. 533) ;

- de travail public (*T. confl.*, 28 mars 1955, *Effimieff* : Lebon, p. 617 ; *JCP G* 1955, II, 8786, note *Blaevoet*) ;
- d'ouvrage public (*T. confl.*, 12 avr. 2010, n° 3718, *Électricité réseau distribution de France [ERDF]* c/ *Michel* : *JurisData* n° 2010-004898 ; *JCP A* 2010, 2173, note *J. Moreau*. – *CE, ass., avis cont.*, 29 avr. 2010, n° 323179, *Béligaud* : *JurisData* n° 2010-005467 ; *JCP G* 2010, act. 541, *J.-G. Sorbara* ; RFDA 2010, p. 572, note *F. Melleray*) ;
- de responsabilité administrative si celle-ci résulte d'une faute de service (*T. confl.*, 30 juill. 1873, *Pelletier* : Lebon, 1^{er} suppl. p. 117, concl. *David*) ;
- de protection d'espaces naturels sensibles (*T. confl.*, 22 oct. 2007, n° C 3625, *Doucédame* c/ *Dpt Bouches-du-Rhône* : reconnaissance, à ce jour appliquée à ce seul cas des espaces naturels sensibles, d'un « service public de protection de l'environnement ». – *R. Radiguet, Le service public environnemental : Thèse Toulouse I Capitole*, 2016).

2° Historique en droit de l'Union européenne

10. - Période d'indifférence aux débuts de la construction européenne

Les débuts de la construction européenne ont été marqués par une certaine indifférence à l'égard des services publics. Ces derniers ne sont effectivement pas mentionnés dans les traités institutifs, hormis une référence ponctuelle dans le traité de Rome à propos de la politique des transports (*ex-art. 73 TCE, devenu art. 93 TFUE*). Le but des promoteurs de la construction européenne n'est effectivement à l'origine que d'établir un marché commun pour les marchandises. Les activités de service public exercées sous l'égide des États membres n'étaient donc pas les premières concernées. En ce sens, le rapport public annuel du Conseil d'État pour 1994 soulignait que « l'Europe n'instruit pas le procès du ou des service(s) public(s) ; elle fait pire ; elle ignore largement la notion de service public et l'existence des services publics » (*Conseil d'État, Service public, services publics : déclin ou renouveau ?* : EDCE, 1994, n° 46, p. 38).

11. - Absence de traditions communes en Europe

Toute référence majeure aux services publics était d'autant plus exclue en raison de la diversité, voire de l'inexistence, des conceptions du service public dans les autres États membres. La France est en effet le seul État où le concept de service public a autant de résonances. Dans d'autres États comme la Belgique, l'Espagne, la Grèce, l'Italie ou le Portugal, pays de droit romain et, au demeurant, qui ont subi l'influence culturelle de la France, la notion de service public existe sans doute mais elle n'a pas la même portée qu'en France (*M. Touzeil-Divina [dir.], Service(s) public(s) en Méditerranée : éd. L'Épistémè, 2018*).

Dans les autres États membres, l'idée de service public est certainement admise mais elle ne produit aucun effet juridique particulier. À ce titre, par exemple, au Royaume-Uni, il existe bien des *public utilities* pour désigner des activités d'intérêt général mais la démarche britannique est empreinte d'un certain pragmatisme. Chaque service est en effet encadré par une loi spécifique. De plus, le système de *common law* en vigueur dans ce pays n'a pas rendu nécessaire l'existence d'une notion unificatrice propre aux activités de l'Administration comme en France. De même, en Allemagne, une différence essentielle tient au fait que les activités d'intérêt général sont, compte tenu de la structure fédérale de cet État, le plus souvent assurées au niveau local, particulièrement des *länder* (*J.-F. Auby, Les services publics en Europe : PUF, coll. Que sais-je ?*, n° 3414, 1999. – *N. Belloubet, Les différentes conceptions du service public dans les pays de l'Union européenne*, in *H. Pauliat [ss dir.], L'avenir des missions de service public en*

Europe : PULIM, 1999. – R. Le Mestre, *La notion de service public dans les systèmes juridiques des États membres de l'Union européenne* : RRJ 2000, p. 199. – F. Moderne, *L'analyse comparative des notions de service public dans les États membres*, in C. Stoffaës, *L'Europe à l'épreuve de l'intérêt général* : Aspe, 1995, p. 55. – F. Moderne et G. Marcou, *L'idée de service public dans le droit des États membres de l'Union européenne* : L'Harmattan, 2001. – D. Triantafyllou, *Les mutations de la notion de service public en droit comparé*, in R. Kovar, D. Simon, *Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché*, t. 1 : Doc. fr., 1998, p. 33).

En outre, si les traités ne reprennent pas l'expression « service public », c'est parce qu'elle n'est pas toujours traduisible. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le professeur Didier Truchet propose d'y renoncer pour lui préférer l'expression « euro-compatible » de « service d'intérêt général » (D. Truchet, *Renoncer à l'expression service public* : AJDA 2008, p. 553). Au contraire, d'autres auteurs soulignent que la notion française de « service public » présente des vertus universalistes et synthétiques qu'on ne retrouve pas dans celle de « service d'intérêt général » qui repose avant tout sur une approche sectorielle (G. Marcou, *Maintenir l'expression et la notion de service public* : AJDA 2008, p. 833. – V. aussi sur ce débat sémantique, G.-J. Guglielmi, G. Koubi, *Le droit, comme la langue, vit dans la conscience populaire* : AJDA 2008, p. 1169. – M. Lombard, *Mots et valeurs du service public* : AJDA 2008, p. 1225. – J.-M. Pontier, *Les étrangetés du service public* : AJDA 2008, p. 65).

12. - Période de conflit à partir de l'Acte unique

Bien qu'annoncé par certains actes de droit dérivé ou arrêts de la Cour de justice des communautés européennes, un changement de perspective dans l'attitude des autorités communautaires à l'endroit des services publics est intervenu à partir de l'Acte unique de 1986. L'objectif de ce texte est en effet d'instaurer en Europe un marché intégré et étendu aux services. Le droit communautaire s'est donc naturellement développé en fonction des idées de libre concurrence et de primauté du marché. Ce dernier bénéficie d'une présomption favorable pour réguler les rapports sociaux. Les avantages attendus sont procurés aux consommateurs en termes de productivité, de qualité de service et d'innovation technologique.

Dans ces conditions, les services publics, du moins ceux du secteur marchand, placés en position de monopole, comme cela a été la tendance en France, ont été perçus comme un frein au libre-échange, sauf à démontrer ponctuellement une efficacité supérieure à celle du marché. De plus, la réalisation d'un marché ouvert et concurrentiel suppose que soit préservée l'égalité des chances entre tous les opérateurs économiques. Ceci rend suspect tout octroi d'une position dominante ou des actions d'États cherchant à favoriser les entreprises publiques. Enfin, l'organisation d'un marché unique implique une harmonisation des législations nationales régulant les marchés. À cet égard, le maintien des situations acquises par les services publics en France paraissait d'autant plus insoutenable que les modes de prise en charge des activités d'intérêt général sont très différents ailleurs en Europe (V. n° 11. – Y. Gaudemet, *Le service public à l'épreuve de l'Europe. Vrais et faux procès. Mélanges B. Jeanneau* : Dalloz, 2002, p. 473. – C. Henry, *Concurrence et services publics dans l'Union européenne* : PUF, 1997. – F. Moderne, *Le concept de service public à l'épreuve du marché unique européen. Mél. J. Mas : Économica*, 1996. – D. Simon, *Les mutations de la notion de service public du fait des contraintes du droit communautaire*, in R. Kovar, D. Simon, *préc. n° 11*, p. 65).

13. - Réserves observées en France

La politique souhaitée par certaines instances communautaires, en particulier la Commission, a suscité en France de sérieuses réserves. Il est vrai que la finalité d'une entreprise, privilégiée par le droit communautaire, est fondamentalement différente de celle du service public défendue par le droit français. Une entreprise a comme interlocuteur un client ou un

consommateur disposé à acquitter un prix. Au contraire, dans la tradition française, l'intérêt des citoyens ne se confond pas nécessairement avec celui des consommateurs. En ce sens, le service public a été conçu pour satisfaire des tâches d'intérêt général et s'adresser à des usagers indépendamment de considérations exclusivement financières (sur les difficultés d'articulation entre la « conception française du service public » et le droit communautaire, R. Denoix de Saint-Marc, *Le service public. Rapport au Premier ministre : Doc. fr., 1996*. – R. Kovar, *Droit communautaire et service public. Esprit d'orthodoxie ou pensée laïcisée : RTDE 1996*, p. 215 et 493. – C. Stoffaës, *Services publics, question d'avenir : O. Jacob, 1995*).

En réaction, le Premier ministre de l'époque Alain Juppé avait proposé en 1995 d'inscrire dans la Constitution la notion de service public. Cette proposition pouvait sans doute être utile du point de vue du droit interne compte tenu du caractère très relatif de la protection constitutionnelle qui existe déjà (V. n° 105 s.) ; en revanche, cette constitutionnalisation du service public aurait été inefficace au regard du droit communautaire compte tenu de la primauté de ce droit qui s'applique y compris à l'égard des normes de valeur constitutionnelle (en ce sens, CJCE, 17 déc. 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft : Rec. CJCE 1970*, p. 1125. – P. Esplugas, *La constitutionnalisation du service public : un tigre de papier ? : Rev. adm. 1996*, p. 162).

14. - Rapprochement des conceptions interne et communautaire avec le traité d'Amsterdam

Le débat engagé a eu le mérite de faire prendre conscience aux instances de décision que la Communauté européenne ne pouvait plus évoluer seulement en fonction des exigences de concurrence mais devait également répondre à des objectifs de cohésion sociale. Ainsi, depuis environ le milieu des années 1990, le droit communautaire, aujourd'hui droit de l'Union européenne, tend à prendre en compte une logique propre aux activités d'intérêt général. Cette évolution est initiée en particulier par le traité d'Amsterdam de 1997 (art. 7 D. – TFUE, art. 14) qui range les services d'intérêt économique général « parmi les valeurs communes de l'Union » et affirme qu'ils participent à « la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union » (F. Berrod, *Le droit de l'Union européenne et le service public : de la défiance à la compréhension mutuelle, in Le service public, colloque de l'AFDA : Dalloz, 2014*, p. 107).

15. - Services d'intérêt économique général et Charte des droits fondamentaux de l'Union

L'article 36 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union rappelle d'une manière générale, après le traité d'Amsterdam, le rôle joué par les services d'intérêt économique général en charge de « promouvoir la cohésion sociale et territoriale de l'Union » (V. Champeil-Desplats, *Services d'intérêt économique général, valeurs communes, cohésion sociale et territoriale : AJDA 1999*, p. 959).

Plus juridiquement, cette disposition affirme que l'Union doit garantir un « accès » aux services d'intérêt économique général qui doit être mis en œuvre en conformité avec le principe de subsidiarité. Cette forme d'accès peut au moins être comprise comme impliquant l'absence de toute discrimination. Elle doit, en outre, guider les règles sectorielles de l'Union européenne. À ce titre, celles-ci doivent prévoir, pour accéder à certains services jugés essentiels, à l'image des règles en vigueur pour le service universel (V. n° 89 s.), une couverture territoriale complète et un prix abordable à un niveau de qualité standard. Toutefois, faute d'application tangible en droit positif, la portée de l'article 36 de la charte reste encore à préciser.

16. - Services d'intérêt économique général et traité établissant une Constitution pour l'Europe

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe du 29 octobre 2004 avait pour objectif d'apporter une base juridique supplémentaire à l'action européenne portant sur les services

d'intérêt économique général. Ainsi, il était réaffirmé la place de ces services dans l'Union ainsi que leur rôle « dans la promotion de sa cohésion sociale et territoriale » (*Traité*, 29 oct. 2004, art. III-122).

De manière plus novatrice, il était ajouté que « la loi européenne établit ces principes et fixe ces conditions, sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres, dans le respect de la Constitution, de fournir, de faire exécuter et financer ces services » (*Traité*, 29 oct. 2004, art. III-122). Cette précision ouvrait la question de la rédaction d'une loi-cadre fixant les principes généraux gouvernant l'action des services d'intérêt économique général (*Bull. quot. Europe* 25 juill. 2003, n° 8511, p. 5. – S. Rodrigues, *Vers une loi européenne des services publics* : RMCUE 2003, p. 503).

Toutefois, faute de l'entrée en vigueur du traité constitutionnel, la Commission est apparue réservée, à ce stade, sur une telle modalité d'intervention (*Livre blanc*, 12 mai 2004, Doc. COM (2004), 374) pourtant réclamée par le Conseil européen (*concl. Conseil européen de Barcelone*, 15-16 mars 2002, § 42. – *Conseil européen de Bruxelles*, 20-21 mars 2002, § 26) et le Parlement européen (*Rés.* 13 nov. 2001, points 5 à 8. – J.-F. Auby, *Une directive communautaire sur les services d'intérêt général. État et perspectives* : RFDA 2006, p. 778).

17. - Protocole sur les services d'intérêt général annexé au traité de Lisbonne

Le traité modificatif européen de Lisbonne du 13 décembre 2007 comporte en annexe un protocole n° 9 sur les services d'intérêt général (*Prot. n° 26 TUE et TFUE*). Au vu de la jurisprudence de la Cour de justice, rappelons qu'un protocole à pleine valeur juridique (par ex. CJCE, 17 janv. 2008, *aff. C-37/06, Viamex Agrar Handels GmbH*. – CJCE, 17 janv. 2008, *aff. C-58/06, Zuchtvieh-Kontor GmbH*).

Avec ce protocole, la notion de « services d'intérêt général » est introduite pour la première fois dans un texte de droit primaire de l'Union européenne, l'ancien traité CE ne faisant référence jusqu'alors qu'aux services d'intérêt économique général.

L'objet de l'article 1er de ce texte est, par une longue litanie, de « préciser » – sans qu'il soit sûr que l'objectif soit atteint – les « valeurs communes de l'Union » concernant les services d'intérêt économique général évoquées à l'article 14 TFUE.

Malgré la généralité des termes qui pourrait conduire à interpréter ce texte comme une déclaration d'intention, son sens juridique est tout d'abord de réaffirmer que l'action de l'Union doit respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité. À cet effet, est reconnu le « rôle essentiel et la grande marge de manœuvre des autorités nationales, régionales et locales », eux-mêmes justifiés par la « diversité des services d'intérêt économique général » et les « disparités (...) des besoins et des préférences des utilisateurs ». Ensuite, ce protocole dresse la liste des exigences propres aux services d'intérêt économique général : « niveau élevé de qualité, de sécurité et d'accessibilité », « égalité de traitement », « accès universel », « droits des utilisateurs ».

La portée de l'article 2 du protocole se borne enfin à rappeler la jurisprudence de la Cour de justice : les services non économiques d'intérêt général ne sont pas des entreprises, échappent de ce fait aux règles de concurrence et relèvent des compétences des États (*F. Chaltiel, Traité de Lisbonne : le service public* : LPA 30 mai 2008, p. 6 ; *Les apports du traité de Lisbonne au service public* : AJDA 2008, p. 1575. – L. Grard, *Sécuriser le service public avec Lisbonne* : Polétia, 2008, p. 583. – V. aussi *Rapp. d'information n° 376. Les services d'intérêt général après le traité de Lisbonne* : Sénat 4 juin 2008).

18. - Position de la Commission sur les services d'intérêt général et d'intérêt économique général

Pour sa part, la Commission publie régulièrement des documents dans lesquels elle se livre à un effort, louable mais pas toujours abouti, de définition des activités d'intérêt général en droit de l'Union. Elle y explique sa doctrine sur le rôle central qu'elle entend voir jouer par les services d'intérêt économique général dans une économie de marché (*Communication 11 sept. 1996 sur « Les services d'intérêt général en Europe », Doc. COM (1996), 443. – D. Simon, F. Lagondet : Europe 1997, comm. 1. – Communication 20 sept. 2000, Doc. COM (2000), 580 final. – Communication sur les services d'intérêt général en Europe (2001/C 17/04). – Rapp. à l'intention du Conseil européen de Laeken sur les services d'intérêt général, Doc. COM (2001), 598 final, 17 oct. 2001. – Livre vert sur les services d'intérêt général, 21 mai 2003, COM (2003), 270 final. – Livre blanc sur les services d'intérêt général, 12 mai 2004, COM (2004), 374. – Communication 20 nov. 2007, Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général : un nouvel engagement européen, COM [2007] 725 final*). Ces différents documents s'efforcent de répondre aux préoccupations concernant la viabilité économique des opérateurs chargés de fournir des services d'intérêt général, mettent en lumière les garanties offertes par l'article 106 § 2 TFUE, synthétisent l'action européenne sur la manière dont ces services sont organisés, financés et évalués et rappellent la responsabilité des États membres, notamment s'agissant de la définition des obligations de service public.

En particulier, la Commission estime que le protocole annexé au traité de Lisbonne définit un cadre transparent et suffisamment fiable pour mettre en place des actions sectorielles et ne pas justifier l'élaboration d'une directive-cadre sur les services d'intérêt général (*Communication 20 nov. 2007, Les services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général préc., p. 3 et 15. – sur l'ensemble de l'évolution historique, S. Rodrigues, Les services d'intérêt [économique] général de Rome à Lisbonne : de l'indifférence à la reconnaissance ? : Rev. UE 2018, p. 283*).

19. - Plan

L'étude de la notion de service public suppose de préciser, d'une part, sa définition et, d'autre part, les règles juridiques qui lui sont propres.

II. - Définitions

20. - Dualité de définitions

Les définitions données par le droit interne et le droit de l'Union européenne, ne coïncident pas exactement et doivent être développées tour à tour.

A. - En droit interne

21. - Approche générale

La définition du service public en droit interne n'est pas donnée *a priori* et suscite des difficultés de définition. Il est tout au plus possible d'indiquer quels sont ses éléments constitutifs.

1° Difficultés de définition

22. - Pluralité de sens

La notion de service public est complexe dans la mesure où elle comporte plusieurs sens qui, de surcroît, sont mêlés. Elle revêt en effet à la fois une dimension politique et juridique.

23. - Sens politique : « conception française du service public »

Le service public est un instrument de cohésion sociale. Cette dimension était déjà soulignée au début du siècle par Duguit pour qui l'accomplissement d'une activité de service public est « indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale » (*Traité de droit constitutionnel*, cité n° 5, p. 61). C'est à cet égard que certains auteurs ont parlé de « conception française du service public » (*M. Long, Service public et réalités économiques du XIXe siècle au droit communautaire : RFDA 2001, p. 1191. – H. Oberdoff, Signification de la notion de service public à la française in Service public et Communauté européenne : entre l'intérêt général et le marché t. 2, : Doc. fr., 1998, p. 89. – J.-M. Pontier, Sur la conception française du service public : D. 1996, chron. p. 9. – B. Stirn, Sur la conception française du service public : CJEG 1993, n° 489, p. 299*). Il reste que la « conception française du service public » est avant tout une notion politique et non juridique.

Au demeurant, on s'est interrogé pour savoir si cette appellation ne masquait pas, en réalité, des intérêts nationalistes, protectionnistes ou corporatistes. Les grands services publics nationaux en matière économique se sont effectivement historiquement développés souvent en position de monopole soustraits à la concurrence (*G. Vedel, Service public à la française, oui mais lequel ? : Le Monde 22 déc. 1995*). Ainsi, le discours, tenu en particulier par ces organisations, de défense de la « conception française du service public » aurait avant tout pour objet de pérenniser des situations de monopole menacées par le droit communautaire, aujourd'hui droit de l'Union européenne (*J. Caillousse, Le service public à la française : déconstruction d'un mythe ? in J.-J. Pardini, C. Deves [dir.], La réforme de l'État : Bruylant, 2006, p. 177*).

24. - Sens juridique

Le service public revêt une portée juridique. Il est en effet utilisé par la Constitution, la loi, le règlement ou la jurisprudence et peut entraîner l'application d'un droit dérogatoire au droit commun. Cependant, aucune de ces sources n'a donné une définition générale et précise du service public. Cette abstention, que l'on retrouve pour d'autres catégories fondamentales du droit administratif, peut paraître logique si l'on veut bien mesurer les conséquences politiques et juridiques lourdes d'une telle définition.

25. - Controverse sur la qualification de notion juridique

Certains auteurs ont pris acte de la difficulté, si ce n'est de l'impossibilité, de définir le service public. En ce sens, le président Bernard Chenot a pu affirmer que le service public relevait en réalité d'une conception « existentialiste ». Ainsi, cet auteur notait que le juge administratif est inspiré par des considérations particulières variant au gré des litiges. Son propos est avant tout de trancher un litige pendant devant lui ce qui empêche toute solution d'ensemble. Ceci est particulièrement vrai pour le service public. Selon cette méthode empirique, le service public n'est plus qu'un mot, un moyen employé par le juge pour soumettre une situation juridique donnée à un régime de droit public (*B. Chenot, La notion de service public dans la jurisprudence économique du Conseil d'État : EDCE, 1950, p. 77*).

De même, pour le professeur Didier Truchet, le service public serait, non pas une notion, mais un « label », c'est-à-dire une simple étiquette attribuée par les pouvoirs publics ou encore un mot de passe utilisé par le juge dans un certain nombre d'espèces contentieuses (*D. Truchet, Label de service public et statut de service public : AJDA 1982, p. 427*).

26. - Notion fonctionnelle

Pour emprunter une distinction formulée par le doyen Georges Vedel, le service public serait une « notion fonctionnelle » par opposition à une « notion conceptuelle » (*G. Vedel, De l'arrêt « Septfons » à l'arrêt « Barinstein » : JCP G 1948, chron. 682 ; La juridiction compétente pour*

prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait : JCP G 1950, chron. 851). Cette idée consiste à observer que le service public exerce une fonction, au demeurant essentielle (V. n° 2 et 9), dans l'ordonnement juridique tout en admettant qu'il ne correspond pas à une définition stable et précise (J.-L. de Corail, *L'approche fonctionnelle du service public : sa réalité et ses limites : AJDA 1997, n° spécial, p. 20*).

27. - Définition subjective

Une définition du service public reste malgré tout possible mais celle-ci est subjective. Elle a été proposée initialement par Jèze pour qui « sont uniquement, exclusivement services publics, les besoins d'intérêt général que les gouvernants d'un pays donné, à un moment donné, ont décidé de satisfaire par le procédé du service public » (*Principes généraux du droit administratif, t. II : Giard, p. 16*). Cette conception subjective sera reprise par une partie de la doctrine contemporaine comme le professeur André de Laubadère. Ainsi, pour ce dernier, « ce sont les pouvoirs publics qui décident qu'à tel moment, tel besoin public doit être satisfait par ce procédé et donner lieu à la création d'un service public » (*Traité de droit administratif, t. I : LGDJ, 8e éd., p. 616*).

Cette conception subjective est aujourd'hui encore très présente dans la jurisprudence à double titre. D'une part, le juge recherche toujours en premier lieu si l'intention du législateur est de considérer l'activité en cause comme de service public. Dans le cas d'une qualification législative, celle-ci s'impose naturellement à lui. D'autre part, dans un important arrêt du 22 février 2007, Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés – APREI – (CE, 22 févr. 2007, n° 264541 : *JurisData* n° 2007-071473 ; JCP A 2007, 2066, concl. Vérot ; JCP A 2007, 2145, note Guglielmi et Koubi ; Dr. adm. 2007, comm. 64 ; AJDA 2007, p. 793, chron. F. Lenica et J. Boucher ; AJDA 2007, p. 825, tribune D. Costa. – C. Boiteau, *Vers une définition du service public ? : RFDA 2007, p. 803*), le Conseil d'État note que, même en l'absence de prérogatives de puissance publique, « une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'Administration a entendu lui confier une telle mission ». Le Conseil d'État recherche donc, par un faisceau d'indices, la marque d'une volonté de la part de l'autorité créatrice de considérer l'activité en cause comme un service public (V. aussi S. Boussard, *L'éclatement des catégories de service public et la résurgence du « service public » par nature : RFDA 2008, p. 43*).

Dans le prolongement de la jurisprudence APREI, le Conseil d'État a encore jugé que les conventions relatives à la gestion des équipements sportifs d'une ville ne constituent des délégations de service public que si leurs stipulations permettent de « caractériser la volonté de la ville d'ériger ces activités en mission de service public » (CE, sect., 3 déc. 2010, n° 338272, Ville Paris, Assoc. Paris Jean Bouin, Sté Paris Tennis : *JurisData* n° 2010-022712 ; Lebon, p. 472 ; Contrats-Marchés publ. 2011, comm. 25, note G. Eckert ; Dr. adm. 2011, comm. 17, note F. Brenet et F. Melleray ; RD imm. 2011, p. 162, note S. Braconnier et R. Noguellou ; AJDA 2010, p. 2011, note S. Nicinski et E. Glaser ; JCP A 2011, 2043, note Cl. Devès ; JCP A 2010, 926). Afin de rechercher en l'espèce cette volonté, le Conseil d'État se réfère, non seulement aux stipulations du contrat, mais aussi aux éléments extérieurs à celui-ci. La Haute juridiction conclut que, faute d'éléments se traduisant « par un contrôle permettant de caractériser la volonté de la ville d'ériger ces activités en mission de service public », la convention litigieuse est une convention d'occupation du domaine public.

28. - Limites d'une définition subjective

Une définition subjective permet sans doute, par sa plasticité, de rendre compte de la réalité de tous les services publics créés. Elle reste toutefois insatisfaisante car elle présente l'inconvénient de faire perdre à la notion son unité et sa spécificité et laisse entière la question des éléments constitutifs du service public. En ce sens, le professeur Jean Rivero a pu souligner que nier toute définition objective et s'en remettre à l'empirisme du juge est critiquable. L'intérêt du justiciable impose de rechercher une solution d'ensemble au-delà des cas particuliers, afin d'échapper à l'arbitraire (*J. Rivero, Apologie pour les faiseurs de système : D. 1951, chron. p. 99*).

2° Éléments constitutifs

29. - Activité de prestation

Le service public est traditionnellement analysé comme une activité de prestation. Cet élément ne soulève pas a priori de difficultés. Il est en effet indiscutable que ce type d'activités consiste à satisfaire, par des services, des besoins collectifs. Cet élément est toutefois insuffisant, de par son hétérogénéité ou imprécision, pour identifier un service public.

L'activité de prestation permet seulement, en droit interne, de distinguer le service public de la police administrative. Cette dernière peut effectivement s'analyser comme une activité de prescription ou de réglementation. Cette distinction a toutefois des conséquences limitées sur le droit positif : en particulier, à l'inverse du service public, la police administrative ne peut s'exercer par voie contractuelle (*CE, 8 mars 1985, Assoc. Les Amis de la Terre : Lebon, p. 73 ; RFDA 1985, p. 363, concl. Jeanneney*) et ne peut être déléguée à une personne privée. Cette distinction est, de surcroît, contestable car, d'une part, le service public peut impliquer une réglementation (cas, par exemple, des ordres professionnels ou des fédérations sportives) et, d'autre part, la police administrative peut induire une prestation et suppose un service public au sens organique du terme. À ce titre, le Conseil d'État a pu présenter la police administrative comme un service public (*CE, sect., 9 oct. 1970, Gaillard : RDP 1970, p. 1445. – F. Rolin, Service public et police administrative, in Le service public, colloque de l'AFDA : Dalloz, 2014, p. 211*).

30. - Éléments constitutifs déterminants

Il revient à la doctrine, en particulier à partir de l'étude de décisions de jurisprudence, d'avoir synthétisé les éléments constitutifs qui permettent d'identifier un service public. Les auteurs de l'École de Bordeaux ont dégagé initialement trois éléments constitutifs du service public associés de manière invariable. Constituait ainsi un service public toute activité prise en charge par une personne publique, poursuivant un but d'intérêt général et soumise à un régime exorbitant du droit commun. Chacun de ces éléments subsiste mais peut être désormais dissocié des autres.

a) Éléments organique : personne publique

31. - Principe initial : coïncidence entre service public et personne publique

Initialement, un service public devait être nécessairement pris en charge par une personne publique. Cet élément n'a pas été exagérément développé par la doctrine classique qui parle simplement « d'activité assurée, réglée et contrôlée par les gouvernants » (*L. Duguit, Traité de droit constitutionnel, t. 2 : 1928, 3e éd., p. 61*) ou « d'institutions placées sous la Haute direction des gouvernants » (*L. Rolland, Précis de droit administratif : 11e éd., 1957, p. 1*). Il paraît en effet évident pour l'époque que le service public soit un organe de l'Administration. Cette présentation n'est toutefois que partiellement exacte. Dès la fin du XIXe siècle est en effet utilisé le procédé de la concession d'activité de service public à des personnes privées dans des

domaines de type industriel et commercial comme la distribution de gaz, d'électricité et d'eau ou les transports ferroviaires et urbains.

32. - Possibilité de gestion d'un service public par une personne privée

Des personnes privées peuvent gérer un service public. Les prémisses de cette évolution apparaissent dans l'arrêt du Conseil d'État *Éts Vezia* (CE, ass., 20 déc. 1935 : Lebon, p. 1212 ; RDP 1936, p. 119, concl. Latournerie). Par cet arrêt, le juge administratif considère que les opérations d'organismes privés comme les sociétés de prévoyance et de secours ont un « caractère d'intérêt public ». De manière plus significative encore, l'arrêt du Conseil d'État du 13 mai 1938 Caisse primaire Aide et protection (CE, 13 mai 1938 : Lebon, p. 417 ; DP 1939, 3, p. 65, concl. Latournerie) reconnaît explicitement à propos des caisses de sécurité sociale l'existence d'institutions privées chargées d'un service public.

33. - Jurisprudence sur la gestion d'un service public par une personne privée

La jurisprudence sur la gestion d'un service public par une personne privée a été confirmée à de nombreuses reprises, notamment pour :

- les organismes corporatifs institués par le régime de Vichy comme les comités d'organisation (CE, ass., 31 juill. 1942, *Monpeurt* : Lebon, p. 239 ; D. 1942, p. 132, concl. Ségalat) ou les ordres professionnels (CE, ass., 2 avr. 1943, *Bouguen* : Lebon, p. 86 ; S. 1944, 3, p. 1, concl. Lagrange, note Mestre) ;
- les organismes corporatifs agricoles (CE, sect., 28 juin 1946, *Morand* : Lebon, p. 183 ; S. 1947, 3, p. 19, note P.M.) ;
- les groupements de défense (CE, sect., 13 janv. 1961, *Magnier* : Lebon, p. 315 ; RDP 1961, p. 155, concl. Fournier) ;
- les organismes d'intervention économique (CE, sect., 6 oct. 1961, *Féd. nat. Huileries métropolitaines* : Lebon, p. 544 ; AJDA 1961, p. 610, chron. Galabert et Gentot) ;
- les centres de lutte contre le cancer (T. confl., 20 nov. 1961, *Centre régional lutte contre le cancer Eugène Marquis* : Lebon, p. 879 ; RDP 1962, p. 964, note Waline ; D. 1962, jurispr. p. 389, note de Laubadère) ;
- les fédérations de chasseurs (CE, 4 avr. 1962, *Chevassier* : Lebon, p. 244 ; DP 1962, 3, p. 27, concl. Braibant) ;
- les fédérations sportives (CE, sect., 22 nov. 1974, *Féd. industries françaises articles de sport* : Lebon, p. 537 ; D. 1975, jurispr. p. 739, note Lachaume) ;
- les sociétés d'organisation de courses de chevaux (CE, 12 oct. 2018, n° 410998, *Boutin c/ Sté France Galop* : *JurisData* n° 2018-017450).

En outre, dans un but d'aménagement du territoire (maintien « d'un service public de proximité »), la loi permet à une personne privée de « confier, par convention, l'exécution de ce service à une personne dont l'activité habituelle ne relève pas d'une mission de service public » (L. n° 2000-321, 12 avr. 2000, art. 27-I : JO 13 avr. 2000, p. 5646).

34. - Permanence d'un lien avec une collectivité publique de rattachement

L'existence même de personnes privées chargées d'une mission de service public ne doit pas occulter la permanence d'un certain lien avec une collectivité publique de rattachement. Il y a toujours la nécessité d'une investiture de la part d'une personne publique (État, collectivités territoriales). Ceci a sans doute pour conséquence que la personne publique abandonne la

gestion quotidienne du service. Néanmoins, elle conserve un pouvoir de création et de suppression, de détermination des règles fondamentales d'organisation et de fonctionnement du service ainsi que la faculté d'imposer à la personne privée des orientations générales. En définitive, un service public continue donc à relever, directement ou indirectement, d'une autorité publique.

Cependant, ce lien peut être absent si l'on suit la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, par trois arrêts rendus en chambre mixte le 4 novembre 2002 à propos de la profession d'administrateur judiciaire, la Haute juridiction judiciaire s'est appuyée sur la « qualité de citoyen chargé d'un service public qui accomplit une mission d'intérêt général en exerçant des prérogatives de puissance publique » sans qu'il soit possible d'établir un quelconque lien de rattachement de ce « citoyen » à une personne publique (*Cass. ch. mixte, 4 nov. 2002, [3 arrêts] : JurisData n° 2002-016251, n° 2002-016252 et n° 2002-016253. – F. Melleray, La notion judiciaire de service public : AJDA 2003, p. 114*).

35. - Nature du lien entre la personne privée gestionnaire du service public et la collectivité publique de rattachement

L'habilitation des personnes privées à exercer un service public résulte le plus souvent, pour les services publics de l'État, d'une loi (cas, par exemple, des caisses de sécurité sociale, fédérations sportives, ordres professionnels, centres de luttés contre le cancer, sociétés d'aménagement foncier, centres techniques industriels). Elle peut découler également d'autres modes unilatéraux (décret, arrêté, délibération, voire lettre simple) ou contractuels (concession, contrat de marchés de partenariat).

Cependant, d'une manière générale, les modalités de délégation sont aujourd'hui jugées trop nombreuses, implicites et peu claires. Il arrive en effet que le texte d'habilitation ne précise ni la nature de l'organisme en cause, ni l'existence d'une mission de service public reconnue à cet organisme. Il revient donc au juge de combler *a posteriori* ces lacunes à partir d'un faisceau d'indices. À ce titre, il n'hésite pas, selon une tendance actuelle, à requalifier comme publics des organismes privés fictifs, généralement des associations, derrière lesquels se cachent en réalité des collectivités publiques (*CE, 11 mai 1987, Divier c/ Assoc. pour l'information municipale : Lebon, p. 167 ; RDP 1988, p. 264, note Auby*).

36. - Intensité variable du lien entre service public et personne publique

Le principe selon lequel un service public dépend toujours d'une personne publique est d'intensité variable. Cette intensité est maximale dans le cas de la régie puisque dans cette hypothèse les collectivités publiques gèrent directement l'activité de service public avec leurs propres personnels et leurs propres moyens matériels et financiers. Ce lien est encore puissant dans le cas de l'établissement public dans la mesure où la collectivité publique de rattachement exerce à son égard un pouvoir de tutelle.

Ce lien est naturellement plus lâche lorsqu'une personne privée exerce un service public. Cette hypothèse implique au moins que la collectivité de rattachement abandonne la gestion quotidienne du service. Toutefois, la personne privée est toujours soumise au contrôle de la collectivité publique de rattachement (*CE, sect., 28 juin 1963, Narcy : Lebon, p. 401 ; RDP 1963, p. 1186, note Waline*). Ceci est notamment vrai dans le cas de la délégation contractuelle d'un service. Ce contrôle existe à travers, par exemple, le cahier des charges ou le pouvoir de modification ou de résiliation unilatérale du contrat reconnu à la personne publique délégante (*CE, 11 mars 1910, Cie générale française des tramways : Lebon, p. 216*).

37. - Présomption d'activité de service public reconnue à une personne publique

L'exercice par une personne publique d'une activité présume de sa qualité de service public. En effet, dans cette hypothèse, le juge aura tendance à ne rechercher ni si cette activité répond à un intérêt général caractérisé (V. n° 46), ni si elle met en œuvre des prérogatives de puissance publique (V. n° 60).

38. - Absence de gestion par une personne publique d'un service public

Une personne publique ne gère pas toujours un service public. Ces cas restent toutefois exceptionnels (V. n° 46) et, de surcroît, sont parfois contestés en doctrine. En effet, certaines entreprises publiques ont une vocation exclusivement industrielle et commerciale et ne poursuivent aucun but d'intérêt général. Elles ne peuvent revendiquer en conséquence la qualité de service public.

Les entreprises publiques de ce type ont été pendant longtemps assez nombreuses et couvraient en particulier le secteur des banques, des assurances ou des secteurs strictement industriels (Renault, Rhône-Poulenc, Elf Aquitaine). Néanmoins, les vagues de privatisations intervenues à partir de 1986 et 1993 ont conduit à une baisse sensible du nombre d'entreprises publiques ne gérant pas un service public. On peut aussi citer comme exemple plus contemporain de personne publique ne gérant pas un service public le cas des associations syndicales de propriétaires autorisées ou constituées d'office, qui ont le caractère d'établissement public administratif (Ord. n° 2004-632, 1er juill. 2004, art. 2 : JO 2 juill. 2004, p. 12046)

b) Élément fonctionnel : intérêt général

39. - Intérêt général, but du service public

L'élément fonctionnel concerne le but d'une activité. Celui poursuivi par le service public ne peut être que l'intérêt général. Comme l'ont montré les auteurs de l'École de Bordeaux, ce critère est le fondement même, la raison d'être du service public. C'est donc logiquement que le Code des relations entre le public et l'administration indique d'une manière générale que « l'administration agit dans l'intérêt général » (CRPA, art. L. 100-2).

Malgré des difficultés pour tracer objectivement les contours de l'intérêt général, ce dernier présente néanmoins certains traits permanents. L'intérêt général n'est naturellement pas la somme des intérêts particuliers des individus mais les dépasse ou les transcende. En d'autres termes, il constitue un *arbitrage* entre ces intérêts particuliers.

40. - Appréciation initiale stricte de l'intérêt général

L'intérêt général était apprécié initialement de manière stricte. N'étaient en effet susceptibles d'être érigées en service public que les activités que l'on pourrait qualifier d'indispensables au maintien de l'équilibre social. Bien que, si l'on veut bien prendre la peine de s'y attarder, le contenu de cette qualification ne soit en fait pas si clair, il correspond sans doute aux activités de souveraineté ainsi qu'aux activités comme l'instruction publique, l'aide sociale et l'hygiène publique. Cette conception rejoint celle exposée par le commissaire du gouvernement Matter à propos des services publics par nature (*concl. Matter sur T. confl.*, 22 janv. 1921, *Sté commerciale de l'ouest africain* : DP 1921, 3, p. 1). L'intérêt général ne couvrait donc pas en principe des activités d'ordre industriel et commercial et rentables. Ces dernières relevaient normalement des personnes privées en raison de l'interprétation des textes relatifs à la liberté du commerce et de l'industrie.

L'exemple classique des services publics locaux intervenant au début du siècle en matière économique (politique pratiquée par des communes de gauche s'inspirant du courant de pensée dit du « socialisme municipal ») en est ici une illustration. Le Conseil d'État a, dans un premier

temps, franchement refusé une telle action comme contraire à la liberté du commerce et de l'industrie sauf « circonstances exceptionnelles » (CE, 29 mars 1901, *Casanova : Lebon*, p. 333 ; S. 1901, 3, p. 73, note *Hauriou*. – J.-P. Machelon, *La naissance du socialisme municipal [1882-1911]. Retour sur un vieux débat*. Mél. Lavroff : Dalloz, 2004, p. 437).

Puis, dans un deuxième temps, par l'arrêt Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers du 30 mai 1930 (CE, 30 mai 1930 : *Lebon*, p. 583 ; S. 1931, 3, p. 73, concl. *Josse*, note *Alibert*), la Haute juridiction estime que l'action des services publics locaux dans le domaine économique et commercial ne correspond pas à un souci d'intérêt général, sauf « si, en raison de circonstances de temps et de lieu, un intérêt public justifie leur intervention en cette matière ». Ces circonstances sont principalement celles où cette action répond à un besoin de la population et fait face à une absence ou carence de l'initiative privée (V. n° 43). Dans ces conditions, l'intérêt général étant défini restrictivement et objectivement, celui-ci pouvait valablement constituer un des critères de définition du service public.

41. - Nature évolutive de l'intérêt général

L'intérêt général est par nature évolutif. On peut dire en effet que correspond à un intérêt général ce qui dans un contexte historique, politique, économique, technologique ou social donné est considéré comme tel par les pouvoirs publics. On constate donc que cet élément est intrinsèquement subjectif puisqu'il relève d'une intention, celle des pouvoirs publics (*Conseil d'État, L'intérêt général : EDCE*, n° 50, 1999, p. 245. – D. Linotte, *Recherches sur la notion d'intérêt général en droit administratif français : Thèse Bordeaux*, 1975. – J.-M. Pontier, *L'intérêt général existe-t-il encore ?* : D. 1998, jurispr. p. 327. – D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État*, t. 125 : LGDJ, BDP, 1977).

L'intérêt général est, de plus, variable avec le temps puisqu'il épouse les données d'une époque. À cet égard, il est reconnu aujourd'hui un service public de la mise à disposition et la diffusion sur Internet de données juridiques (CE, 17 déc. 1997, n° 181611, *Ordre avocats CA Paris : JurisData n° 1997-046424 ; AJDA 1998*, p. 362, concl. *Combexelle*, note *Nouel*) et de données de références (D. n° 2017-331, 14 mars 2017 : JO 16 mars 2017, texte n° 2) ou un service public du numérique éducatif et de l'enseignement à distance (C. rur., art. L. 811-1).

42. - Illustration jurisprudentielle de la nature évolutive de l'intérêt général : activité théâtrale

Les exemples jurisprudentiels montrant la nature évolutive de l'intérêt général sont multiples. À cet égard, est connu le jugement péremptoire d'Hauriou, énoncé de manière pittoresque, selon lequel « le théâtre a pour inconvénient d'exalter l'imagination, d'habituer les esprits à une vie factice et fictive, au grand détriment de la vie sérieuse, et d'exciter les passions de l'amour, lesquelles sont aussi dangereuses que celles du jeu et de l'intempérance » (*Hauriou, note ss CE*, 7 avr. 1916, *Astruc : S. 1916*, 3, p. 49). Pourtant, près de 30 ans plus tard, le Conseil d'État estime par l'arrêt Léoni que l'activité d'un théâtre municipal correspond à un intérêt public local parce qu'elle a pour « but d'assurer un service permanent de représentations théâtrales de qualité (...) en faisant prédominer les intérêts artistiques sur les intérêts commerciaux de l'exploitation » (CE, 21 janv. 1944, *Léoni : Lebon*, p. 26). Plus généralement, cette jurisprudence s'applique aux spectacles (T. confl., 19 déc. 1988, *Ponce : AJDA 1989*, p. 330, obs. *Prétot*).

43. - Illustration jurisprudentielle de la nature évolutive de l'intérêt général : action des collectivités territoriales dans le domaine économique et commercial

Un autre exemple témoignant du caractère contingent et relatif de l'intérêt général peut être tiré de l'intervention des collectivités territoriales dans le domaine économique et commercial. Après que le Conseil d'État a affirmé dans les années 1930 le principe, assorti d'exceptions,

Commenté [SV(6)]: 44 (?)

Commenté [PE7R6]: 43

selon lequel l'intérêt général ne pouvait être lié à des actions de cette nature (*CE, sect., 30 mai 1930, Ch. syndicale du commerce en détail de Nevers, préc. n° 40*), rares ont été à l'époque contemporaine ses arrêts censurant les initiatives locales en matière économique et commerciale. Ainsi, il a été par exemple jugé que l'intérêt général pouvait intéresser des domaines aussi divers que :

- les jeux (*CE, 25 mars 1966, Ville Royan : Lebon, p. 937*) ;
- le tourisme (*CE, 18 déc. 1936, Prade : Lebon, p. 1124 ; S. 1938, 3, p. 59, note Alibert*) ;
- la restauration (*CE, 25 juill. 1986, Cne Mercœur c/ Morand : Dr. adm. 1986, comm. 489*) ;
- la médecine dentaire (*CE, sect., 20 nov. 1964, Ville Nanterre : Lebon, p. 563*) ;
- l'aide juridique (*CE, sect., 23 déc. 1970, préfet Val-d'Oise c/ Cne Montmagny : Lebon, p. 788 ; AJDA 1971, p. 153, chron. Labetoulle et Cabanes*).

Cela suppose cependant que les activités considérées répondent à un besoin de la population et font face à une absence ou carence de l'initiative privée.

Si les décisions de justice sanctionnant l'intervention des collectivités territoriales dans le domaine économique et commercial sont aujourd'hui peu nombreuses, c'est en raison de l'évolution générale du droit de l'intervention économique publique. Ce dernier repose en effet désormais moins sur un principe de non-concurrence entre activités publiques et privées que sur un principe d'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés (en ce sens, *concl. C. Bergeal sur CE, sect., avis contentieux, 8 nov. 2000, n° 222208, Sté Jean-Louis Bernard Consultants : JurisData n° 2000-061174 ; RFDA 2001, p. 113*, à propos de la possibilité reconnue à une personne publique d'être candidate à l'attribution d'un contrat public dès lors qu'elle respecte l'égalité de concurrence. – V. aussi *Conseil d'État, Collectivités publiques et concurrence. Rapp. public 2002 : EDCE, 2002. – J.-Y. Chérot, Nouvelles observations sur la régulation par le Conseil d'État de la concurrence entre personnes publiques et privées, in Mélanges F. Moderne : Dalloz, 2004, p. 87. – G. Eckert, L'égalité de concurrence entre opérateurs publics et privés sur le marché. Mél. J. Waline : Dalloz, 2002, p. 207. – J.-F. Sestier, L'intervention des collectivités territoriales entre liberté du commerce et de l'industrie et égale concurrence. Mél. Moreau : Economica, 2003, p. 391*).

44. - Réaffirmation de la jurisprudence Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers

Par un arrêt d'Assemblée du 31 mai 2006, Ordre des avocats au barreau de Paris (*CE, ass., 31 mai 2006, n° 275531 : JurisData n° 2006-070219 ; Lebon, p. 272 ; AJDA 2006, p. 1592, chron. Landais et F. Lenica ; RFDA 2006, p. 1048, concl. D. Casas ; ACCP, n° 59, oct. 2006, p. 78, note L. Renouard ; Dr. adm. 2006, comm. 129, note M. Bazex ; Contrats-Marchés publ. 2006, comm. 202, note G. Eckert*), le Conseil d'État réaffirme, en l'actualisant, la jurisprudence Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers (*préc. n° 40*). Le raisonnement suivi est en deux temps :

- tout d'abord, la Haute juridiction administrative pose clairement le principe de l'existence d'un domaine d'intervention naturel des personnes publiques au sein duquel celles-ci peuvent par principe agir librement. Ce domaine naturel recouvre les « activités nécessaires à la réalisation des missions de service public dont elles sont investies ». Il s'oppose aux activités économiques, domaine de compétence partagé avec les opérateurs privés, au sein duquel la collectivité publique doit « justifier d'un intérêt public, lequel peut résulter notamment de la carence de l'initiative privée ». À ce titre, en application de cette jurisprudence, il a été, par exemple, jugé que la création d'un service public de

téléassistance aux personnes âgées et handicapées, bien que concurrençant l'initiative privée, pouvait être justifiée par la seule existence d'un intérêt public local (*CE*, 3 mars 2010, n° 306911, *Dpt Corrèze* : *JurisData* n° 2010-001164 ; *Contrats-Marchés publ.* 2010, *comm.* 146, *G. Eckert* ; *RJEP* 2010, *comm.* 44, *G. Pélissier*) ;

- ensuite, une fois résolue la question du principe de l'intervention publique, se pose la question de ses modalités. En particulier, « une telle intervention ne doit pas se réaliser suivant des modalités telles qu'en raison de la situation particulière dans lesquelles se trouverait cette personne publique par rapport aux autres opérateurs agissant sur le marché, elle fausserait le libre jeu de la concurrence sur celui-ci ». Le contrôle du Conseil d'État porte donc, au vu de l'arrêt *Ordre des avocats au barreau de Paris* (*préc.*), dans un premier temps, sur le respect du principe de non-concurrence entre activités publiques et privées et, dans un second temps, sur celui d'égale concurrence entre opérateurs publics et privés (sur l'ensemble de cette évolution, *Conseil d'État, Étude annuelle 2015, L'action économique des personnes publique* : *Doc. fr.*, p. 133. - *J.-P. Kovar, Où en est la liberté du commerce et de l'industrie ?* : *Dr. adm.* 2007, *étude* 18).

45. - Limites d'une conception extensive de l'intérêt général

La conception extensive de l'intérêt général ouvre la voie à une croissance infinie de services publics. La conséquence est que l'intérêt général devient un critère, ou plutôt un standard, trop large et imprécis pour identifier un service public. Cependant, devant la propension continue des collectivités territoriales à créer des services publics, le juge administratif tend par réaction à apprécier de nouveau strictement l'intérêt général et à réserver la charge des activités industrielles et commerciales aux personnes privées (*CE*, 4 juill. 1984, *Dpt Meuse c/ Poilera* : *RFDA* 1985, p. 58, *obs. Douence*. - *CE*, 30 nov. 1994, *Cne Lagord* : *Lebon*, p. 804. - *D. Truchet, L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'État : retour aux sources et équilibre* : *EDCE*, 1999, n° 50, p. 361). En outre, l'intérêt général ne saurait se confondre avec le seul intérêt financier (*CE*, 11 juin 1926, *Raynaud* : *DP* 1927, 3, p. 44, *concl. Rivet*).

46. - Hypothèse de recherche par le juge d'un intérêt général caractérisé

La recherche par le juge d'un intérêt général caractérisé en vue de qualifier une activité de service public dépend de la nature, publique ou privée, de l'organe en charge de l'activité considérée. Ainsi, lorsque cette dernière est exercée par une personne publique, le juge tend à ne pas rechercher si cette activité répond à un intérêt général caractérisé. L'existence de cet élément est en effet présumée à propos de l'activité d'une personne publique. Comme rares exemples où la présomption a pu être renversée, on peut citer :

- la gestion par les collectivités publiques de leur domaine privé (*T. confl.*, 25 juin 1973, *Office nat. forêts c/ Béraud* : *Lebon*, p. 847) ;
- l'entretien des bâtiments du culte (*CE*, 10 juin 1921, *Cne Monségur* : *S.* 1921, 3, p. 49, *concl. Corneille, note Hauriou*) ;
- l'organisation par une commune d'une fête locale dépourvue de tout caractère traditionnel (*CE*, 10 avr. 1972, *Chatelier* : *Lebon*, p. 262) ;
- l'organisation par une commune d'une course de chevaux (*CE*, *sect.*, 30 oct. 1953, *Bossuyt* : *RDP* 1954, p. 178, *note Waline*).

En revanche, si l'activité est assurée par un organe privé, le juge va bien rechercher si cette activité a pour but un intérêt général caractérisé. Il refuse de la sorte, faute d'un intérêt général suffisamment précis, de conclure à l'existence d'un service public à propos de la société en charge de l'exploitation des jeux de loterie. La Française des jeux (*CE*, *sect.*, 27 oct. 1999,

n° 171169, Rolin : *JurisData* n° 1999-050955 ; *AJDA* 1999, p. 1008, *chron. Fombeur et Raynaud*).

c) Élément matériel : régime juridique dérogatoire au droit privé

47. - Fondement d'un régime juridique dérogatoire au droit privé

L'élément matériel concerne les règles de droit applicables au service public. Pour la doctrine classique, son but particulier, l'intérêt général, empêche que ces activités soient soumises aux mêmes règles que celles des personnes privées. C'est pourquoi, les activités de service public doivent être placées sous un régime dit dérogatoire au droit privé ou encore exorbitant du droit commun et qualifié de droit administratif. On doit au commissaire du gouvernement David, dans ses conclusions sur la décision du Tribunal des conflits *Blanco*, d'avoir exposé pour la première fois ce principe selon lequel les services publics appellent un régime juridique spécifique de type gestion publique.

48. - Conséquence d'un régime juridique dérogatoire au droit privé

Dans l'hypothèse classique, le régime juridique dérogatoire au droit privé est la conséquence de la qualification de service public. Or, on sait que les pouvoirs publics ne qualifient pas toujours une activité de service public et que, par ailleurs, une définition précise et stable de celle-ci fait défaut. En conséquence, c'est en réalité le régime juridique qui permettra de déterminer si on est en présence ou pas d'un service public (*J.-P. Franco, Les services publics et le critère matériel en droit administratif français et en droit européen : Rev. adm. 1997, p. 688*).

49. - Contenu d'un régime juridique dérogatoire au droit privé

L'existence d'un régime dit dérogatoire au droit privé a par exemple pour conséquences que les agents du service sont assujettis au droit de la fonction publique, que ses biens relèvent de la domanialité publique, que les actes par lesquels il s'exerce sont des décisions exécutoires ou des contrats administratifs et que sa responsabilité s'apprécie selon des règles particulières. Ce régime juridique entraîne aussi la soumission à certaines obligations spécifiques déduites des principes de continuité, d'égalité et d'adaptation (*V. n° 118*).

Plus généralement, le régime juridique du service public dans la conception classique implique la présence de prérogatives de puissance publique. On peut définir celles-ci comme des pouvoirs que les particuliers ne possèdent pas. En ce sens, le président Raymond Odent a pu écrire dans le sillage d'Hauriou : « On ne peut parler de service public que si certaines prérogatives de puissance publique appartiennent ou ont été accordées aux agents qui gèrent ou exécutent le service d'intérêt général » (*R. Odent, Cours de contentieux administratif : Les cours du droit, 1977-1981*). La jurisprudence a d'ailleurs en partie confirmé cette position puisqu'elle se réfère souvent aux prérogatives de puissance publique pour déterminer si une activité peut être qualifiée de service public (*CE, 28 juin 1963, Narcy : Lebon, p. 401 ; RDP 1963, p. 1186, note Waline*).

50. - Non-coïncidence entre service public et régime juridique dérogatoire au droit privé

Dès l'origine, le commissaire du gouvernement Romieu, dans ses conclusions sur l'arrêt *Terrier*, distingue les hypothèses ordinaires de gestion publique des hypothèses plus particulières de gestion privée (*concl. Romieu sur CE, 6 févr. 1903, Terrier*). Cet état du droit est très rapidement confirmé par le Conseil d'État (*CE, 31 juill. 1912, Sté granits porphyroïdes Vosges*) à propos des contrats de droit privé passés par des services publics. Néanmoins, ces cas de gestion privée n'étaient à cette époque que marginaux.

En revanche, un tournant décisif est pris à la suite de la décision du Tribunal des conflits du 22 janvier 1921 *Sté commerciale de l'ouest africain* (affaire dite du « Bac d'Eloka », *T. confl.*,

22 janv. 1921 : S. 1924, 3, p. 34) au terme de laquelle toute une catégorie de services publics, ceux dits ultérieurement industriels et commerciaux, est soumise à un régime juridique de droit privé. Dans cette affaire, le juge des conflits considère que la colonie de Côte d'Ivoire exploite un service public de transport par bac « dans les mêmes conditions qu'un industriel ordinaire ». Cette évolution est en outre d'autant plus importante que les services publics industriels et commerciaux se sont multipliés avec le recul du libéralisme économique. En conséquence, le critère de la gestion publique ne peut plus justifier comme autrefois l'existence d'un service public.

51. - Application du droit de la concurrence à des activités de service public

L'article L. 410-1 du Code du commerce, introduit par l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 (*JO 9 déc. 1986, p. 14765*), dispose que « les règles définies au présent livre s'appliquent à toutes les activités de production, de distribution et de services y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public ». Les services publics dont l'activité correspond aux conditions posées par ce texte, c'est-à-dire ceux qui exercent une activité économique en fournissant des biens et des services, se voient donc appliquer le droit commun de la concurrence (*Conseil d'État, Rapp. public cité n° 43*. – V. aussi C. Bergeal, F. Berrod, *L'application par le Conseil d'État du droit de la concurrence à travers l'exemple de la réception de la notion de services d'intérêt économique général* : *Gaz. Pal.* 13 févr. 2009, p. 41).

L'application de ce texte par la jurisprudence emporte deux séries de conséquences :

- concernant la compétence contentieuse, le principe est celui de la compétence de l'Autorité de la concurrence dont les décisions peuvent être contestées devant la cour d'appel de Paris (*C. com., livre IV, titre VI*). La compétence de cette dernière, dérogeant aux règles habituelles, a été confirmée par le Conseil constitutionnel « dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice » (*Cons. const., 23 janv. 1987, n° 87-224 DC, Conseil de la concurrence : JO 25 janv. 1987, p. 924*). Cette double compétence de l'Autorité de la concurrence et du juge judiciaire doit toutefois être écartée sous l'effet d'une « réserve de service public ». Les juridictions administratives demeurent en effet compétentes pour les actes, aussi bien unilatéraux que contractuels, relatifs à la dévolution ou à l'organisation d'un service public (*T. confl., 6 juin 1989, Préfet région Île-de-France c/ Ville Pamiers*). Le commissaire du gouvernement Stirn avait justifié ce principe dans la mesure où ces actes étaient l'expression de prérogatives de puissance publique (*RFDA 1989, p. 457*), justification reprise depuis directement par la jurisprudence (*T. confl., 4 mai 2009, n° 3714, Gisserot : JurisData n° 2009-376918*) ;
- sur le fond, en application de la jurisprudence du Conseil d'État du 3 novembre 1997, Société Million et Marais (*JurisData n° 1997-050805*), le juge administratif examine la légalité des actes relatifs à la dévolution ou à l'organisation d'un service public au regard du droit de la concurrence aussi bien d'ailleurs d'origine européenne (*CE, sect., 8 nov. 1996, n° 122644, Féd. frse Stés d'assurance : JurisData n° 1996-051011*) que d'origine interne, en particulier déduit des dispositions du Code de commerce sur les pratiques anti-concurrentielles (*C. com., art. L. 420-1*, sur les ententes entre agents économiques. – *C. com., art. L. 420-2*, sur l'abus de position dominante).

52. - Application du droit de la consommation à des activités de service public

Le juge administratif a pu contrôler la légalité de clauses réglementaires de contrats conclus entre des opérateurs publics et des consommateurs (*CE, sect., 11 juill. 2001, n° 221458, Sté eaux du Nord : JurisData n° 2001-062535 ; AJDA 2001, p. 893, note Guglielmi*) et celle d'un

acte touchant à l'organisation d'un service public, en l'espèce une décision fixant des tarifs (*CE*, 13 mars 2002, n° 177509, *Union fédérale consommateurs et Koua Poirrez* : *JurisData* n° 2002-064208 ; *AJDA* 2002, p. 976, note Koubi et Guglielmi) au regard du Code de la consommation.

53. - Dérogation aux droits de la concurrence et de la consommation du fait d'une activité de service public

En application de l'idée de conciliation des impératifs de concurrence et d'intérêt général, le droit de la concurrence n'interdit pas au profit de services publics la persistance, en tant que tels, de droits exclusifs (comme un monopole d'exploitation *a priori* contraire à ce droit) afin d'assurer l'accomplissement de la mission qui leur est confiée (cas de l'espèce Million et Marais où la situation de monopole d'une société concessionnaire de pompes funèbres n'est pas jugée constitutif d'une position dominante illégale). Il convient seulement que le service public « n'abuse pas » de sa position dominante pour fausser les règles de la concurrence (par ex., illégalité de la décision d'autorisation d'occupation du domaine public prise par la RATP dès l'instant où elle a pour effet de placer l'occupant, une société éditrice de journaux gratuits, en situation d'abuser d'une position dominante, *CE*, 23 mai 2012, n° 348909, *RATP* : *JurisData* n° 2012-010865).

Dans le même ordre d'idées, s'agissant du droit de la consommation, l'activité de service public conduit à considérer des clauses, qui auraient pu être jugées abusives au regard du droit de la consommation, légales compte tenu des « nécessités d'intérêt général » (*CE*, 13 mars 2002, n° 177509, *UFC, Union fédérale des consommateurs* : *JurisData* n° 2002-064208, à propos du titre de transport unique en banlieue parisienne qui ne méconnaît pas les dispositions du Code de la consommation sur l'interdiction de la vente liée).

Au terme de ces jurisprudences majeures, les services publics exerçant des activités économiques se voient donc appliquer un droit intermédiaire, dont les contours ne sont d'ailleurs pas encore entièrement achevés, entre le droit administratif classique, dérogatoire au droit commun, et le droit de la concurrence habituellement appliqué aux activités économiques autres que de service public (*J. Caillosse, Personnes publiques et concurrence : quels enjeux théoriques ?* : *AJDA* 2016, p. 761. - *G. Clamour, Intérêt général et concurrence. Essai sur la pérennité du droit public en économie de marché* : Dalloz, coll. Bibliothèque des thèses, 2006. – Conseil d'État, *Étude annuelle 2015, L'action économique des personnes publiques* : Doc. fr., p. 142 s.).

54. - Permanence d'un lien entre service public et régime juridique dérogatoire au droit privé

En réalité, il convient de nuancer l'idée de perte de spécificité du régime juridique des services publics. Ces derniers sont toujours soumis dans leur ensemble à un droit administratif mais dont le degré varie selon la nature du service ou même du gestionnaire en cause.

55. - Régime juridique dérogatoire au droit privé et services publics à caractère administratif gérés par une personne publique

Le degré de droit administratif est naturellement élevé pour les services publics à caractère administratif gérés par une personne publique. Ceux-ci n'excluent pas toutefois, l'emploi, à titre occasionnel, de procédés de gestion privée. Cela est en particulier le cas pour les contrats passés avec les tiers qui ne satisfont pas à l'élément alternatif du critère du contrat administratif (*CE*, 31 juill. 1912, *Sté granits porphyroïdes Vosges*) ou lorsqu'un texte l'impose (fonctionnement du service public de l'état civil et du service public judiciaire, *L. 5 avr. 1937, sur les dommages subis par les élèves de l'enseignement public pour défaut de surveillance*. – *L. n° 57-1424, 31 déc. 1957, sur la réparation des dommages causés par les véhicules* : *JO* 5 janv. 1958, p. 196).

56. - Régime juridique dérogatoire au droit privé et services publics à caractère administratif gérés par une personne privée

Le régime juridique applicable aux services publics à caractère administratif gérés par une personne privée est globalement de droit privé. Néanmoins, les actes unilatéraux individuels ou réglementaires sont considérés comme des actes administratifs (*CE, sect., 13 janv. 1961, Magnier. – CE, 22 nov. 1974, Féd. industries françaises articles de sport*). De même, les actions en responsabilité extracontractuelle pour la réparation des dommages causés par ces organismes dès lors qu'ils mettent en œuvre de prérogatives de puissance publique doivent être dirigées devant le juge administratif (*CE, sect., 13 oct. 1978, ADASEA Rhône : Lebon, p. 368 ; AJDA 1979, p. 22, chron. Dutheillet de Lamothe et Robineau. – CE, 23 mars 1983, SA Bureau Véritas : Lebon, p. 134*).

57. - Régime juridique dérogatoire au droit privé et services publics à caractère industriel et commercial gérés par une personne publique

Le degré de droit administratif est minimum pour les services publics à caractère industriel et commercial gérés par une personne publique. Leurs rapports avec le personnel sont ainsi déterminés en principe par des contrats de travail ; ceux avec les usagers ou clients par des contrats civils ou commerciaux (*V. n° 172 s.*) comme également les rapports avec les tiers tels que les fournisseurs, sauf clauses exorbitantes du droit commun qui rendent le contrat administratif ; les règles financières échappent parfois à celles de la comptabilité publique ; leur responsabilité s'apprécie enfin selon des règles de droit privé.

En revanche, l'existence de contrats de droit public concernant le personnel de direction, la possession de biens du domaine public, la faculté d'édicter des règlements d'organisation du service, l'utilisation de prérogatives de puissance publique ou encore l'application d'un régime déduit des principes de continuité, d'égalité et d'adaptation sont autant de signes qui témoignent de la permanence dans les services publics industriels et commerciaux d'un certain régime dérogatoire au droit privé (*V. JCl. Administratif, fasc. 150-1*).

58. - Régime juridique dérogatoire au droit privé et services publics à caractère industriel et commercial gérés par une personne privée

Le principe est que le régime juridique applicable aux services publics à caractère industriel et commercial gérés par une personne privée est de droit privé. Toutefois, leurs actes réglementaires relatifs à l'organisation du service et mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique sont des actes administratifs (*T. confl., 15 janv. 1968, Cie Air France c/ Épx Barbier, préc. n° 9*).

59. - Absence de recherche par le juge de prérogatives de puissance publique dans l'hypothèse d'une personne publique

La recherche par le juge de prérogatives de puissance publique en vue de qualifier une activité de service public dépend de la nature, publique ou privée, de l'organe en charge de l'activité considérée. Ainsi, lorsque cette dernière est exercée par une administration, le juge ne recherche pas la présence de prérogatives de puissance publique. En effet, même si elles n'apparaissent pas explicitement dans la gestion du service public, on peut considérer qu'elles sont implicitement liées à la nature publique de l'organe. Cette jurisprudence s'applique y compris dans le cas d'une personne privée mais relevant directement d'une personne publique (*CE, 20 juill. 1990, Ville Melun et Assoc. Melun Culture Loisirs : AJDA 1990, p. 820, concl. Pochard*).

60. - Recherche par le juge de prérogatives de puissance publique dans l'hypothèse d'une personne privée

Si l'activité est assurée par un organe privé, le juge va rechercher la présence de prérogatives de puissance publique pour conclure à l'existence d'un service public (*CE*, 28 juin 1963, *Narcy*. – *CE*, 22 nov. 1974, *Féd. industries françaises d'articles de sport*). Ces prérogatives constituent alors effectivement un caractère spécifique permettant de qualifier l'activité considérée de service public. *A contrario*, l'absence de prérogatives de puissance publique détenues par un organe privé est un élément pour attribuer la compétence à la juridiction judiciaire (*CE*, 17 juin 1992, *Sté Textron* : *AJDA* 1992, p. 450, *obs. Devès*. – *J.-B. Geoffroy*, *Service public et prérogatives de puissance publique. Réflexions sur les déboires d'un couple célèbre* : *RDP* 1987, p. 45. – *A. Louvaris [dir.]*, *Puissance publique, service public et droit administratif : permanence d'un couple mythique. Mél. A.-S. Merschiakoff* : Bruylant, 2013).

Toutefois, par un arrêt important du 22 février 2007 *Association du personnel relevant des établissements pour inadaptés – APREI* (préc. n° 27) –, le Conseil d'État a jugé que « même en l'absence de telles prérogatives, une personne privée doit également être regardée, dans le silence de la loi, comme assurant une mission de service public lorsque, eu égard à l'intérêt général de son activité, aux conditions de sa création, de son organisation ou de son fonctionnement, aux obligations qui lui sont imposées ainsi qu'aux mesures prises pour vérifier que les objectifs qui lui sont assignés sont atteints, il apparaît que l'Administration a entendu lui confier une telle mission ». Le critère des prérogatives de puissance publique ne joue donc pas pour considérer l'activité d'une personne privée de service public dès lors que cela résulte, par un faisceau d'indices, de la volonté de l'autorité créatrice. Ainsi, par exemple, l'activité d'une association peut « se voir reconnaître un caractère de service public, alors même qu'elle n'a fait l'objet d'aucun contrat de délégation de service public procédant à sa dévolution, si une personne publique, en raison de l'intérêt général qui s'y attache et de l'importance qu'elle revêt à ses yeux, exerce un droit de regard sur son organisation et, le cas échéant, lui accorde (...) des financements » (*CE*, sect., 6 avr. 2007, n° 284736, *Cne Aix-en-Provence* : *JurisData* n° 2007-071735 ; *RFDA* 2007, p. 812, *concl. F. Sénars* ; *AJDA* 2007, p. 1020, *comm. F. Lenica*, *J. Boucher* ; *RFDA* 2007, p. 821, *note J.-C. Douence* ; *JCP A* 2007, 2125, *note F. Linditch* ; *JCP A* 2007, 2128, *note J.-M. Pontier* ; *RDP* 2007, p. 1367, *note O. Bui-Xan*).

A contrario, l'absence d'intention de l'Administration de confier à une personne privée une mission de service public est déterminante pour refuser cette qualification (*CE*, 5 oct. 2007, n° 298773, *Sté UGC-Ciné cité* : *JurisData* n° 2007-072474 ; ; *AJDA* 2007, p. 2260, *comm. F. Lenica*, *J. Boucher* ; *JCP A* 2007, 2294, *note F. Linditch* ; *Contrats-Marchés publ.* 2007, *comm.* 308, *note G. Eckert* ; *Dr. adm.* 2007, *comm.* 12, *note A. Menemis*. – sur l'ensemble de la question, *L. Janicot*, *L'identification du service public géré par une personne privée* : *RFDA* 2008, p. 67).

61. - Synthèse de la jurisprudence

Cette jurisprudence a pu être interprétée comme un système de double présomption : l'activité d'une personne publique est présumée de service public à l'inverse d'une activité d'une personne privée. Dans ce dernier cas, la présomption est renversée si la personne privée est investie d'une mission d'intérêt général et est dotée de prérogatives de puissance publique.

B. - En droit de l'Union européenne

62. - Qualifications multiples des activités d'intérêt général

Le droit de l'Union européenne aborde les activités d'intérêt général sous différentes qualifications : « services d'intérêt général », « services non économiques d'intérêt général »,

« services sociaux d'intérêt général », « services d'intérêt économique général » et « service universel » (S. Rodrigues, *Les qualifications concurrentes des activités d'intérêt général en droit communautaire* : AJDA 2006, p. 84. - B. Delzangles, *La typologie des activités d'intérêt général, construction et déconstruction. Mél. en l'honneur du professeur A.-S. Mescheriakoff* : Bruylant, 2013, p. 72).

1° Services d'intérêt général

63. - Émergence des services d'intérêt général

À l'origine, seuls sont visés par les traités les « services d'intérêt économique général ». Les « services d'intérêt général » sont apparus progressivement à partir de 1996 dans le vocabulaire utilisé par la Commission dans ses différentes communications ou documents sur cette question (Réf. citées n° 18). Le protocole n° 26 sur les services d'intérêt général annexé aux TUE et TFUE consacre aujourd'hui en revanche officiellement leur existence dans un texte de droit primaire (D. Guinard, *Réflexions sur la construction d'une notion juridique : l'exemple des services d'intérêt général* : L'Harmattan, 2012).

64. - Catégorie incluant les services non économiques d'intérêt général, les services économiques d'intérêt général et les services sociaux d'intérêt général

Les services d'intérêt général sont considérés par la Commission comme une catégorie englobant toute activité d'intérêt général, quelle que soit sa nature économique ou non. Cette conception est évoquée dans sa communication de 1996 où les services d'intérêt général sont présentés comme désignant « les activités de service, marchand ou non, considérées comme d'intérêt général par les autorités publiques, et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public ». De manière plus explicite, la Commission précise dans sa communication de 2007 que les services d'intérêt général incluent deux catégories, celle des « services d'intérêt économique général » et celle des « services non économiques d'intérêt général ». De plus, si l'on en croit cette même communication portant sur les « services d'intérêt général, y compris les services sociaux d'intérêt général », il convient d'y ajouter les services sociaux d'intérêt général conçus comme une sous-catégorie des services d'intérêt général (V. n° 66 s.). Bien que non expressément traités dans ce document, les « services universels » répondent à la définition donnée par la Commission et doivent également être considérés comme des services d'intérêt général (V. n° 91 s. – sur l'ensemble de la question, B. Delzangles, *La systématisation des activités d'intérêt général en droit communautaire* : RDP 2009, p. 1115).

65. - Non-soumission des services non économiques d'intérêt général aux règles du traité relatives au marché intérieur et à la concurrence

Le régime juridique des services non économiques d'intérêt général se déduit de celui applicable aux services d'intérêt économique général. Dans sa communication de 2007, la Commission rappelle que la fourniture et l'organisation des services d'intérêt économique général « sont soumises aux règles du marché intérieur et de la concurrence du traité CE, puisque les activités correspondantes sont de nature économique ». Par opposition, les services non économiques d'intérêt général « ne sont soumis ni à une législation communautaire spécifique, ni aux règles du traité relatives au marché intérieur et à la concurrence ». Toutefois, ces services doivent respecter les principes généraux des traités (transparence, non-discrimination, égalité de traitement, proportionnalité).

Cette distinction s'appuie sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et a été reprise dans le droit primaire (Prot. n° 26, *sur les services d'intérêt général annexé aux TUE. – TFUE, art. 2*) : la Cour examine sur la base de l'article 106 TFUE (V. n° 72), si une entité exerce des activités économiques ou non pour la soumettre, en cas de réponse positive, aux

règles de la concurrence. *A contrario*, un service d'intérêt général non économique, au sens où il ne correspond pas à une activité économique, n'est pas soumis à ces règles.

Dans la même logique, les services non économiques d'intérêt général et plus généralement les activités liées à l'exercice de l'autorité publique ont été exclues du champ de la directive dite « Services » du Parlement et du Conseil 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (*PE et Cons. UE, dir. 12 déc. 2006, art. 2. – V. Colloque CRUE [Paris I] – Cour de cassation, La directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur : Europe 2007 [contributions de F. Picod, Le champ de la directive n° 2006/123/CE : Europe 2007, étude 8 et S. Rodrigues, Commentaire sur les deux premières communications : Europe 2007, étude 9]*). Le critère du champ d'application de la directive est précisé dans son considérant n° 17 : les services « fournis en contrepartie d'une rémunération », ce qui est le cas des services d'intérêt économique général, relèvent de la directive alors que, de ce point de vue, les services non économiques d'intérêt général en sont exclus (*B. Boissard, Le traitement communautaire des services d'intérêt général non économiques : RDP 2006, p. 1301. – M. Nettesheim, Les services d'intérêt général en droit communautaire entre concurrence et état social : RID comp. 2008, p. 603*).

2° Services sociaux d'intérêt général

66. - Émergence des services sociaux d'intérêt général

Les services sociaux d'intérêt général constituent une catégorie émergente. Les services publics sociaux ont été un moment considérés comme une catégorie spécifique de services publics par la jurisprudence interne (*T. confl., 22 janv. 1955, Naliato : Lebon, p. 614 ; RDP 1955, p. 716, note M. Waline ; D. 1956, jurispr. p. 58, note C. Eisenmann*) qui a ensuite renoncé à cette construction (*T. confl., 4 juill. 1983, Gambini : Lebon, p. 540 ; RDP 1983, p. 1380, note Auby ; JCP G 1984, II, p. 20275, concl. D. Labetoulle*).

À l'échelon européen, les services sociaux d'intérêt général ont fait leur apparition dans le Livre blanc de la Commission de 2004 sur les services d'intérêt général (*COM [2004] 374 final, 12 mai 2004, spécialement Chap. 4.4*), ont été systématisés par une communication spécifique de la Commission du 26 avril 2006 (*COM 2006, 177 final, 26 avr. 2006, « Mettre en œuvre le programme communautaire de Lisbonne. Les services sociaux d'intérêt général dans l'Union européenne »*). – *comm. S. Rodrigues : Concurrences, n° 3, 2006, p. 159*) et ont été traités dans une communication plus générale sur les services d'intérêt général du 20 novembre 2007 (*COM [2007] 725 final*) mais au sein de laquelle les services sociaux d'intérêt général sont évoqués dans un chapitre spécifique. Faisant l'objet d'un traitement à part, les services de santé ne sont pas visés par ces différents textes (sur l'ensemble de la question, *M. Deguerge, De quelques difficultés de la notion de service social : AJDA 2008, p. 179. – L. Driguez, S. Rodrigues, Services sociaux d'intérêt général et droit communautaire. Entre spécificité et banalisation : AJDA 2008, p. 191. – Services sociaux et concurrence : RDSS, dossier spécial, 2006, p. 777 s. – P. Thieffry, Les services sociaux sont-ils des entreprises ? : AJDA 2007, p. 1331. – S. Van Raepenbusch, Les services sociaux en droit communautaire ou la recherche d'un juste équilibre entre l'économie et le social, in J.-V. Louis et S. Rodrigues [ss dir.], Les services d'intérêt économique général et l'Union européenne : Bruylant, 2006, p. 99-162*).

67. - Éléments de définition des services sociaux d'intérêt général donnés par la Commission

Dans sa communication du 26 avril 2006 (*citée n° 66, p. 4-5*), la Commission s'attache à identifier six « caractéristiques d'organisation » des services sociaux d'intérêt général (« fonctionnement sur la base du principe de solidarité », « caractère polyvalent et personnalisé », « absence de but lucratif », « participation de volontaires et de bénévoles »,

« ancrage marqué dans une tradition culturelle (locale) », « relation asymétrique entre prestataires et bénéficiaires ne pouvant être assimilée à une relation “normale” de type fournisseur/consommateur et nécessitant dès lors la participation d'un tiers payant »).

Par une deuxième communication sur les services d'intérêt général du 20 novembre 2007, la Commission dessine une définition des services sociaux, qui apparaît comme étant très générale et empreinte de valeurs. Sont ici visés les services à destination des personnes vulnérables et de la famille. Ceux-ci sont considérés comme jouant un « rôle de prévention et de cohésion sociale, à l'égard de l'ensemble de la population, indépendamment de sa richesse ou de ses revenus ».

68. - Principe de l'application des règles du traité si les services sociaux d'intérêt général exercent des activités économiques

Le principe est que les services sociaux ne constituent pas une catégorie juridique distincte au sein des services d'intérêt général. En ce sens, dès lors qu'il s'agit de services de nature économique, les États membres doivent s'assurer de la compatibilité de leurs modalités d'organisation avec notamment le droit de la concurrence ainsi que les règles en matière de libre prestation des services et de liberté d'établissement (*Communication de la Commission*, 26 avr. 2006, II, p. 6). Le critère pertinent est donc de savoir si les activités en question sont de nature économique ou exclusivement sociale.

69. - Services sociaux d'intérêt général dont l'activité est de nature économique

D'une manière générale, la Cour de justice a établi que doivent être considérées comme activités économiques au sens du traité, les prestations fournies normalement contre rémunération. Ont ainsi été qualifiés d'activités économiques, et donc soumis aux règles de concurrence du traité :

- un régime français complémentaire d'assurance vieillesse (*CJCE*, 16 nov. 1995, *aff. C-244/94, Féd. frse stés d'assurance et a.* : *Rec. CJCE* 1995, p. I-4013 ; *AJDA* 1996, p. 273, *chron. H. Chavrier, E. Honorat et G. de Bergues* ; *D.* 1996, *jurispr.* p. 317, *note M.-C. Bergerès*) ;
- des fonds de pension néerlandais sectoriels et professionnels (*CJCE*, 21 sept. 1999, *aff. C-67/96, Albany International BV* : *Rec. CJCE* 1999, p. I-5751 ; *AJDA* 2000, p. 307, *chron. E. Honorat, H. Legal et G. de Bergues*. – *CJCE*, 12 sept. 2000, *aff. C-180/98, Pavel Pavlov e. a.* : *Rec. CJCE* 2000, p. I-6451) ;
- l'assurance légale des accidents du travail en Belgique (*CJCE*, 18 mai 2000, *aff. C-206/98, Comm. c/ Belgique* : *Rec. CJCE* 2000, p. I-3509).

70. - Services sociaux d'intérêt général dont l'activité est de nature exclusivement sociale

Ont été qualifiés d'activités exclusivement sociales, et écartés du champ d'application des règles de concurrence du traité :

- des régimes de base de la sécurité sociale française couvrant les risques maladie, maternité et vieillesse (*CJCE*, 17 févr. 1993, *aff. jointes C-159/91 et C-160/91, Poucet et Pistre* : *Rec. CJCE* 1993, p. I-637 ; *AJDA* 1994, p. 286, *chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet* ; *D.* 1993, *somm.* p. 277, *note X. Prétot*) ;
- le régime de sécurité sociale organisé par les caisses de santé en Allemagne (*CJCE*, 16 mars 2004, *aff. jointes C-264/01, C-306/01, C-354/01 et C-355/01, AOK Bundesverband et a.* : *Rec. CJCE* 2004, p. I-2493 ; *AJDA* 2004, p. 1076, *chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert*) ;

- un régime d'assurance contre les accidents du travail en Italie (*CJCE*, 22 janv. 2002, *aff. C-218/00, Cisal di Battistello Venziano & C. Sas* : *Rec. CJCE* 2002, p. I-691 ; *AJDA* 2004, p. 1076, *chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert*) ;
- le système national de santé espagnol et les prestations médicales gratuites qu'il fournit à ses affiliés au sein des hôpitaux publics (*TPICE*, 4 mars 2003, *aff. T-319/99, FENIN c/ Comm.* : *Rec. CJCE* 2003, p. II-357, *confirmé par CJCE*, 11 juill. 2006, *aff. C-205/03, P.* : *Rec. CJCE* 2006, p. I-6295 ; *JCP A* 2006, 1300, *chron. O. Dubos. – L. Richer, P.-A. Jeanneney et N. Charbit, Actualités du droit de la concurrence et de la régulation* : *AJDA* 2006, p. 1697) ;
- des cours dispensés dans le cadre du système d'éducation nationale, et ce même si les élèves ou leurs parents sont parfois obligés de payer certaines redevances ou frais de scolarité en vue de contribuer dans une certaine mesure aux frais de fonctionnement du système (*CJCE*, 27 sept. 1988, *C-263/86, Humbel.* – *CJCE*, 7 déc. 1993, *aff. C-109/92, Wirth* : *AJDA* 1994, p. 286, *chron. H. Chavrier, E. Honorat et P. Pouzoulet*).

71. - Prise en compte de la spécificité des services sociaux d'intérêt général par le droit dérivé

Des textes de droit dérivé reconnaissent une spécificité aux services sociaux d'intérêt général en leur accordant un traitement particulier. Il en est ainsi notamment de la décision n° 2012/21/UE de la Commission du 20 décembre 2011 qui confirme la prise en compte de la spécificité des services sociaux d'intérêt général par le droit dérivé. Cette décision range ainsi, parmi les catégories d'aides d'État considérées comme compatibles avec le marché intérieur et exemptées de l'obligation de notification, les aides sous forme de compensations de service public à certains services sociaux d'intérêt général comme les hôpitaux et les « services répondant à des besoins sociaux concernant les soins de santé et de longue durée, la garde d'enfants, l'accès et la réinsertion sur le marché du travail, le logement social, et les soins et l'inclusion sociale des groupes vulnérables » (*Comm. UE, déc. n° 2012/21/UE, 20 déc. 2011, art. 2*).

De même, la directive dite « Services » du Parlement et du Conseil 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur exclut de son champ d'application les « services de soin de santé » ainsi que les « services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin » (*PE et Cons. UE, dir., 12 déc. 2006, art. 2. – V. Colloque CRUE (Paris I) – Cour de cassation, cité n° 65. – S. Rodrigues, Services sociaux et directive Services : quelques réflexions sur une relation ambiguë* : *RLCT* 2009, p. 60).

Interrogée par la Cour constitutionnelle belge sur la qualification des centres d'accueil des personnes âgées au sens de la directive « services », la Cour de justice a précisé la notion de « service de soins de santé » et de « services sociaux » (*CJUE, 1re ch., 11 juill. 2013, aff. C-57/12, Féd. maisons de repos privées de Belgique [FEMARBEL] ASBL c/ Commission communautaire Cne Bruxelles-capitale* : *Europe* 2013, *comm. 401, F. Gazin*). S'agissant des services de soins de santé, ceux-ci couvrent les activités directement et strictement liées à l'état de la santé humaine et ne touchent donc pas celles destinées uniquement à améliorer le bien-être ou à permettre la relaxation, comme les clubs de sport ou de fitness. S'agissant des services sociaux, ceux-ci sont constitués de deux critères cumulatifs : d'une part, un critère matériel tenant à la nature de l'activité concernée qui doit constituer une « activité essentielle pour garantir le droit fondamental à la dignité et à l'intégrité humaines » ; d'autre part, un critère organique relatif au statut du prestataire de services qui peut être l'État, une association

caritative reconnue comme telle par l'État ou bien par une personne privée mandatée par ce dernier.

3° Services d'intérêt économique général

72. - Article 106 TFUE (ex-art. 86 traité CE)

La notion de services d'intérêt économique général est visée par l'article 106 TFUE (*ex-art. 86 traité CE, ex-art. 90 traité CEE*). Celui-ci dispose :

--Citation--

1. Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édicte ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.
2. Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union.
3. La Commission veille à l'application des dispositions du présent article et adresse, en tant que de besoin, les directives ou décisions appropriées aux États membres.

--Fin de Citation--

73. - Interprétation initiale stricte de l'article 86 du traité CE (ex-art. 90 traité CEE)

La démarche initiale de la Commission, suivie en cela par la Cour de justice des communautés européennes, a été de privilégier le principe posé par l'article 90-2 du traité CEE (*J.-Y. Cherot, L'article 90-2 du traité de Rome et les entreprises de réseau : AJDA 1996, p. 171*) devenu article 86 du traité CE. En conséquence, toutes les entreprises sont soumises, en principe, aux règles de la concurrence. Pour le droit communautaire, la notion d'entreprise correspond à « toute entité exerçant une activité économique indépendamment du statut de cette entité et de son mode de financement » (*CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner et Elser : Rec. CJCE 1991, p. I-1979*). Cette définition recouvre donc les services gérés par l'État ou les collectivités territoriales qui assurent des activités de production, de distribution et de prestations de services (*CJCE, 16 juin 1987, aff. 118/85, Comm. c/ Italie, dite aff. British Telecom : Rec. CJCE 1987, p. 2619*).

Parallèlement, comme toute exception en droit communautaire, les dérogations aux règles de la concurrence en faveur des services d'intérêt économique général relèvent d'une interprétation stricte et doivent être proportionnées. Ainsi, il revenait à ces services de prouver que l'application des règles de la concurrence ne devait pas seulement créer pour eux une difficulté supplémentaire mais devait rendre impossible l'accomplissement de leur mission d'intérêt général (*CJCE, 13 déc. 1991, aff. 18/88, RTT : Rec. CJCE 1991, p. I-5941*).

74. - Neutralité quant au régime de propriété, public ou privé, des entreprises

L'interprétation initiale stricte de l'article 86 traité CE ne doit pas masquer que le droit de l'Union européenne est indifférent au statut, public ou privé, des entreprises de service public. L'article 345 TFUE affirme en effet le principe de neutralité quant au régime de propriété, public ou privé, des États membres. La politique de l'Union européenne n'est donc pas attentatoire en soi au service public si l'on veut bien ne pas assimiler cette notion à celle de monopole. En ce sens, des privatisations de services publics ne sont juridiquement pas imposées

par le droit de l'Union européenne même s'il est indéniable qu'elles sont en pratique encouragées (B. Delaunay, *Les limites de la neutralité de l'article 295 traité CE à l'égard du régime de la propriété dans les États membres* : RJEP 2009, étude 11).

75. - Article 14 TFUE

L'article 106 TFUE doit être lu en combinaison avec l'article 14 de ce même traité ajouté par l'article 7 D du traité d'Amsterdam. Cette disposition pose pour la première fois les bases d'une conception globale des services d'intérêt économique général. Cette disposition considère ainsi que, parallèlement à la libre-concurrence, ces services figurent « parmi les valeurs communes de l'Union » et jouent un rôle « dans la promotion de la cohésion sociale et territoriale de l'Union ».

L'intérêt de l'article 14 TFUE est en outre de réactiver le principe de subsidiarité. Il revient donc aux autorités nationales de définir les missions d'intérêt général ainsi que les modalités d'organisation des services en charge de cet intérêt général. Cette solution est au demeurant la conséquence logique de la diversité des conceptions des services d'intérêt général en Europe. Néanmoins, la compétence nationale doit toujours s'exercer dans les limites de l'article 106 TFUE (L. Grard, *Les services d'intérêt économique général et le traité d'Amsterdam* : RAE 1999, p. 197. – S. Rodrigues, *Les services publics et le traité d'Amsterdam* : RMCUE 1998, p. 37).

Par ailleurs, le traitement des services d'intérêt économique général par la procédure de la codécision entre le Parlement et le Conseil ainsi que par la voie du règlement, et non plus de la directive, est désormais exigé (TFUE, art. 14, tel que modifié par le traité de Lisbonne).

76. - Définition fonctionnelle ou matérielle des services d'intérêt économique général

Dans différentes « communications » (Communication 11 sept. 1996, Doc. COM (96), 443. – D. Simon, F. Lagondet : Europe 1997, comm. 1. – Communication 20 sept. 2000, Doc. COM (2000), 580 final) et « livres » (Livre vert, 21 mai 2003, COM (2003), 270 final : JOUE n° C 76, 25 mars 2004. – Livre blanc, 12 mai 2004, COM (2004), 374), la Commission a précisé la notion de services d'intérêt économique général : elle désigne « des services de nature économique que les États membres ou la Communauté soumettent à des obligations spécifiques de service public en vertu d'un critère d'intérêt général ». En ce sens, la définition forgée par la pratique décisionnelle de la Commission est avant tout d'ordre fonctionnel et matériel en ce sens qu'elle se réfère à des activités définies en fonction d'un but (« l'intérêt général ») et soumises à un régime juridique particulier (« des obligations spécifiques de service public »), indépendamment de celui qui les assure (M. Karpenschif, *Vers une définition communautaire du service public* : RFDA 2008, p. 58. – G. Guglielmi, *La définition européenne d'un SIEG, serpent de mer ou nécessité ?* : Énergie - Env. - Infrastr. 2016, dossier 24, n° 10).

77. - Activités de nature économique

Étant des activités de nature économique, les services d'intérêt économique général sont, sans pour autant que les notions coïncident, essentiellement des services publics industriels et commerciaux. La Cour de justice de l'Union européenne entend par « activité économique » « toute activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné par une entreprise, indépendamment du statut de cette dernière et de son mode de financement » (CJCE, 23 avr. 1991, aff. C-41/90, Höfner et Elser : Rec. CJCE 1991, p. I-1979). En conséquence, le critère organique, personne publique ou privée, est indifférent pour identifier un SIEG.

Une autre conséquence est que sont exclues du champ d'application du traité les activités non économiques, ce qui concerne au moins les activités couvrant des fonctions d'autorité (CJCE, 19 janv. 1994, aff. C-364/92, SAT Fluggesellschaft c/ Eurocontrol : Rec. CJCE 1994, p. I-43, à

propos des activités de contrôle et de police de l'espace aérien. – *CJCE, 18 mars 1997, aff. C-343/95, Diégo Cali et Figli : Rec. CJCE 1997, p. I-1547*, à propos d'activité de surveillance anti-pollution dans un port maritime), et de solidarité (*CJCE, 7 févr. 1993, aff. jointes C-159/91 et C-160/91, Poucet et Pistre : Rec. CJCE 1993, p. I-637*). En revanche, les soins hospitaliers sont des activités économiques (*CJCE, 15 juill. 2001, aff. C-157/99, BSM Smits, épouse Geraets : Dr. adm. 2001, comm. 266*).

78. - Activités d'intérêt général

L'entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général doit avoir été investie par une autorité publique d'une mission particulière d'intérêt général (*CJCE, 21 mars 1974, aff. 127/73, BRT c/ SABAM : Rec. CJCE 1974, p. 51*). En application du principe de subsidiarité, les autorités publiques disposent d'un large pouvoir d'appréciation discrétionnaire pour déterminer la nature des activités susceptibles d'être qualifiées d'intérêt général. Cette appréciation doit résulter d'un acte officiel de puissance publique qui peut être unilatéral ou conventionnel (*CJCE, 23 oct. 1997, aff. C-159/94, Comm. c/ France : Rec. CJCE 1997, p. I-5815*). Cet acte doit notamment indiquer la nature précise des obligations de service public et les entreprises et le territoire concernés. Les autorités européennes se réservent toutefois le droit de vérifier l'absence d'erreur manifeste relevant d'une interprétation trop large de la notion d'intérêt général (par ex. *TPICE, 27 févr. 1997, aff. T-106/95, FFSA e. a c/ Comm., point 99*. – Pour un exemple plus récent à propos du service public des sociétés de logement institué par la législation néerlandaise, *Trib. UE, 15 nov. 2018, aff. jointes T-202/10 RENV II et T-203/10 RENV II, Stichting Woonlinie e.a., Stichting Woonpunt e.a. : JurisData n° 2018-023154*). En outre, les restrictions à la concurrence doivent, en application de l'article 106 TFUE, être proportionnées, c'est-à-dire ne pas dépasser ce qui est nécessaire pour garantir l'accomplissement efficace de la mission.

La jurisprudence européenne est encore hésitante pour considérer si la « défaillance du marché » est simplement un « élément pertinent » parmi d'autres « objectifs légitimes d'intérêt général » pour qualifier une activité de SIEG et ainsi constater l'absence d'aide d'État (*en ce sens, Trib. UE, 16 sept. 2013, aff. T-325/10, Iliad, Free infrastructure, Free c/ Commission, § 164*. – *Trib. UE, 18 janv. 2017, aff. T-92/11 RENV, Andersen c/ Commission et Danske Statsbaner [DSB]*). Au contraire, il a pu être jugé que l'existence d'une carence de l'initiative privée était une « condition indispensable » pour justifier le besoin réel de service public (*en ce sens, Trib. UE, 1er mars 2017, aff. T-454/13, SNCM c/ Comm. – Trib. UE, 1er mars 2017, aff. T-366/13, Rép. française c/ Commission européenne*).

79. - Exemples de services d'intérêt économique général

La Commission ou la Cour de justice ont, par exemple, considéré comme services d'intérêt économique général :

- la diffusion de programmes de télévision, même pour ce qui concerne les activités commerciales et la publicité (*CJCE, 30 avr. 1974, aff. 155/73, Sacchi : Rec. CJCE 1974, p. 409*) à la condition d'une couverture de l'ensemble de la population et d'une offre de programmes variés sans rapport entre le coût des émissions et l'audience (*Comm. CE, déc. n° 93/403, 11 juin 1993, UER : JOCE n° L 179, 22 juill. 1993, p. 23*) ;
- la gestion de systèmes de télécommunication (*CJCE, 20 mars 1985, aff. 41/83, Italie c/ Comm. : Rec. CJCE 1985, p. 873*) à l'exception de la production et la vente de terminaux de télécommunications (*CJCE, 13 déc. 1991, aff. 18/88, RTT : Rec. CJCE 1991, p. I-5941*) ;
- la gestion d'un port assurant le débouché le plus important pour le trafic fluvial (*CJCE, 14 juill. 1971, aff. 10/71, Hein : Rec. CJCE 1971, p. 723*) à l'exclusion des opérations

portuaires ne présentant pas de spécificité par rapport à d'autres activités économiques (CJCE, 10 déc. 1991, aff. C-179/90, *Porto di Genova* : Rec. CJCE 1991, p. I-5889) ;

- les opérations de lamanage dans un port en raison de leur caractère spécifique (CJCE, 18 juin 1998, aff. C-266/96, *Corsica Ferries* : JCP G 1999, II, 1037, note R. Le Mestre) ;
- la gestion d'un office public pour l'emploi (CJCE, 23 avr. 1991, *Höfner et Elser* : Rec. CJCE 1991, p. I-1979) ;
- l'approvisionnement régulier et la distribution d'eau dans des conditions de garantie totale de la protection de la santé publique (Comm. CE, déc. n° 82/371, 17 déc. 1981, *Navewa-Anseau* : JOCE n° L 167, 15 juin 1982, p. 39) ;
- la desserte de lignes aériennes ou ferroviaires non rentables (CJCE, 11 avr. 1989, aff. 66/86, *Ahmed Saeed* : Rec. CJCE 1989, p. 803) ;
- la réception de déchets de chantier (CJCE, 23 mai 2000, aff. C-209/98, *EntreprenØrforeningens Affalds/MilijØsektion c/ Cne Copenhagen* : Rec. CJCE 2000, p. I-3743).

80. - Obligations spécifiques de service public

Pour la Commission dans ses différentes communications ou documents sur les services d'intérêt général, les obligations de service public désignent « les obligations spécifiques imposées par les autorités publiques à un fournisseur de service afin de garantir la réalisation de certains objectifs d'intérêt public, par exemple dans le secteur du transport aérien, ferroviaire ou routier et dans le domaine de l'énergie. Ces obligations peuvent être imposées au niveau communautaire, national ou régional » (A. Chaminade, *La notion d'obligation de service public en droit communautaire* : JCP G 2006, I, 182).

Ces obligations spécifiques de service public existent par exemple tout particulièrement dans le secteur de l'énergie (PE et Cons. UE, dir. 2009/72/CE, 13 juill. 2009, *concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité*. – PE et Cons. UE, dir. 2009/73/CE, 13 juill. 2009, *concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel*). Elles portent sur les questions de sécurité, y compris celle d'approvisionnement, de régularité et de qualité du service, de prix, de protection environnementale et d'efficacité énergétique. En outre, ces directives précisent que les États membres mettent en œuvre les mesures appropriées pour protéger les clients finals et veillent en particulier à garantir une protection aux consommateurs vulnérables y compris par des mesures destinées à les aider à éviter une interruption de la fourniture d'énergie (PE et Cons. UE, dir. 2009/72/CE, 13 juill. 2009, *préc.*, art. 3. - PE et Cons. UE, dir. 2009/73/CE, 13 juill. 2009, *préc.*, art. 3. - M. Long, *Tarification, accessibilité, les enjeux sociaux des SIEG* : Énergie - Env. - Infrastr. 2016, dossier 27, n° 10).

Les obligations spécifiques de service public existent également spécifiquement dans le secteur du transport ferroviaire en étant définies par le règlement (CE) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route dit « règlement Obligations de service public (OSP) ». À ce titre, les services dits conventionnés (en France, les services régionaux « TER », « transiliens » et « trains d'équilibre du territoire [TET] », exploités sous la dénomination « Intercités », par opposition aux services commerciaux des trains exploités sous les dénominations « TGV », « InOui » et « Ouigo ») sont exclus de la concurrence « sur un marché » (pas de concurrence sur une même ligne). Ils peuvent revanche faire l'objet d'une concurrence « pour passer un marché » (pour une même ligne) dans le cadre d'un « contrat de service public » (S. Nicinski, *Les contrats de service public de transport ferroviaire de voyageurs* : RFDA 2018, p. 882). Ce type de contrat conduit à ce qu'un opérateur se voit

attribuer sur une ligne, au terme d'une procédure de mise en concurrence, un droit exclusif et/ou une compensation (*PE et Cons. UE, règl. n° (CE) n° 1370/2007, 23 oct. 2007, art. 5*). Ce règlement ouvre encore un certain nombre de dérogations à l'application de ces règles de mise en concurrence en cas de recours à la régie ou à la quasi-régie, en cas de circonstances exceptionnelles, pour des services de faible dimension, en raison des caractéristiques structurelles et géographiques du marché concerné ou encore en cas d'urgence liée à un risque d'interruption du service (*PE et Cons. UE, règl. n° (CE) n° 1370/2007, 23 oct. 2007, art. 5-3, 4 et 5*). Ces dérogations, reprises par le droit interne, exigent cependant à ce niveau, au préalable, une consultation par l'autorité organisatrice des transports de l'ARAFER (*C. transp., art. L. 2121-17*). Cette dernière peut même procéder à la limitation d'un service librement organisé, voire de l'interdire, afin de préserver l'équilibre économique des contrats de service public (*C. transp., art. L. 2133-1. - S. de La Rosa, L'accès au réseau : RFDA 2018, p. 874*).

81. - Pluralité des modes de financement des obligations de service public

En application du principe de subsidiarité, les États membres sont libres de choisir entre plusieurs modes de financement des obligations de service public sous réserve de ne pas fausser la concurrence au sein du marché intérieur conformément à l'article 106, § 2 TFUE (*D. Triantafyllou, L'encadrement communautaire du financement du service public : RTDE 1999, p. 21*).

Parmi les modes de financement possibles, les autorités publiques peuvent procéder, sous conditions, à une compensation directe des obligations de service public (*V. n° 83*). Ce mode est même expressément reconnu en matière de transports (*TFUE, art. 93*).

Les coûts nets supplémentaires engendrés par des obligations de service public peuvent également être financés au moyen d'un système de redevances supplémentaires payées par l'ensemble des consommateurs (cas du secteur de l'électricité pour lequel il est institué une taxe affectée au budget de l'État dite « contribution au service public de l'électricité [CSPE] » : *C. énergie, art. L. 121-6 et s.*), par tous les opérateurs présents sur le marché alimentant un fonds de compensation (cas des secteurs des communications électroniques – *V. n° 97* - et postaux - *V. n° 99* -). Dans ce dernier cas, la part supplémentaire supportée par une entreprise doit alors être proportionnelle à son activité sur le marché et nettement distincte des autres charges qu'elle doit supporter dans l'exercice normal de son activité.

Le financement des obligations de service public de l'électricité a suscité un contentieux sur le calcul et le remboursement de la CSPE dès lors que cette dernière ne poursuit pas une finalité spécifique environnementale (*CE, 3 déc. 2018, n° 399115, SAS Messer France : JurisData n° 2018-022332*).

La jurisprudence européenne admet en outre que l'organisme sur lequel pèsent des obligations de service public peut, si cela est nécessaire au maintien de l'équilibre économique, se voir octroyer un secteur réservé. Il peut de la sorte procéder à une péréquation entre activités rentables et non rentables (*V. n° 86 s.*).

82. - Financement des obligations de service public par des aides d'État

Parmi les mécanismes de financement utilisés par les États, figure l'aide financière directe par l'intermédiaire du budget de l'État. La limite principale est celle posée par l'article 107 TFUE selon lequel sont prohibées, celles qui « dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, [...] faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions ». Toutefois, sont compatibles avec les règles de la concurrence et exemptées de notification à la Commission les aides *de minimis*, c'est-à-dire les aides accordées par un État membre à une entreprise dont les montants sont considérés comme d'importance mineure. Le règlement (UE)

n° 1407/2013 de la Commission du 18 décembre 2013 fixe à 200 000 € sur trois exercices fiscaux le montant total des aides *de minimis* à ne pas dépasser.

83. - Position de la Cour de justice sur le financement des obligations de service public par des aides d'État

La jurisprudence a évolué à propos des avantages financiers accordés à une entreprise pour qu'elle puisse assurer ses obligations de service public dans des conditions d'équilibre économique. Dans un premier temps, un tel avantage était considéré comme une aide d'État ce qui avait pour effet de soumettre les mesures de compensations des charges du service public au régime défini à l'article 108 TFUE (notification préalable à la Commission. – par exemple, *TPICE*, 27 févr. 1997, aff. T-106/95, *FFSA* : *Rec. CJCE* 1997, p. II-229 ; *AJDA* 1997, *Actualité de droit communautaire*, p. 772. – J.-Y. Chérot, *Financement des obligations de service public et aides d'État* : *Europe* 2000, étude 4).

Désormais, la Cour de justice estime que les compensations accordées en contrepartie d'obligations de service public et dont le montant ne dépasse pas ce qui est nécessaire au fonctionnement des services d'intérêt économique général ne procurent pas d'avantages aux entreprises bénéficiaires et, de ce fait, ne constituent pas des aides d'État au sens des articles 107 et 108 TFUE (*CJCE*, 22 nov. 2001, aff. C-53/00, *Ferring* : *Europe* 2002, comm. 28, *L. Idot*. – *CJCE*, 24 juill. 2003, aff. C-280/00, *Altmark Trans GmbH* : *Europe* 2003, comm. 330, *L. Idot* ; *AJDA* 2003, p. 1739, note *S. Rodrigues*. – *CJCE*, 20 nov. 2003, aff. C-126/01, *min. Éco., Fin. et Ind. c/ GEMO* : *JCP A* 2004, 1126, note *D. Katz*. – *CJCE*, 27 nov. 2003, aff. jointes C-34/01 à C-38/01, *Enirisorse SpA* : *JCP A* 2004, 1125, note *D. Katz*. – sur l'ensemble de ces arrêts, V. aussi *S. Boissard* : *RDP* 2004, p. 1173. – *CJCE*, 14 avr. 2005, aff. C-128/03 et C-129/09, *AEM SpA, AEM Torino SpA c/ Autorità per l'energia elettrica e per il gas e.a.*). Quatre conditions doivent toutefois être réunies :

- l'entité bénéficiaire doit être chargée de l'exécution d'obligations de service public clairement définies (pour un exemple d'obligations de service public non clairement définies à propos de la loi espagnole sur les réseaux de diffusion de radio et de télévision, *CJUE*, 4e ch., 20 sept. 2018, aff. C-114/17 P, *Espagne c/ Comm.* : *JurisData* n° 2018-018252) ;
- les paramètres sur la base desquels est calculée la compensation doivent être préalablement établis de façon objective et transparente (application de cette condition par le juge administratif français et annulation à ce titre d'une délégation de service public dans laquelle le montant d'une compensation de service public n'avait pas été préalablement discuté selon des paramètres objectifs et transparents – *TA Montpellier*, 25 sept. 2005, *Assoc. contribuables Hérault, Petitout* : *AJDA* 2006, p. 1346, note *S. Nicinski*) ;
- la compensation ne doit pas dépasser ce qui est nécessaire pour couvrir les surcoûts occasionnés par l'exécution des obligations de service public ;
- quand l'entité en charge de ce service n'est pas choisie selon une procédure d'appel d'offres, le montant de la compensation nécessaire doit être déterminé sur la base d'une analyse des coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et adéquatement équipée (pour un exemple d'une analyse insuffisante de coûts comparables, à propos d'un service complémentaire dans la desserte entre Marseille et la Corse, *Trib. UE*, 1er mars 2017, aff. T-366/13, *France c/ Comm.* - *Trib. UE*, 1er mars 2017, aff. T-454/13, *SNCM* : *JurisData* n° 2017-007121. - *CE*, 25 oct. 2017, n° 403335, *Cie Méridionale de Navigation* : *JurisData* n° 2017-021626).

La charge de la preuve du non-respect de l'une au moins des conditions pèse sur le requérant. Toutefois, s'il apparaît à la juridiction nationale qu'il est impossible ou excessivement difficile qu'une telle preuve soit administrée par le demandeur, en particulier parce qu'il ne dispose pas de toutes les données de fait, cette juridiction « est tenue d'avoir recours à tous les moyens procéduraux mis à sa disposition par le droit national, au nombre desquels figure celui d'ordonner les mesures d'instruction nécessaires, y compris la production par l'une des parties ou par un tiers d'un acte ou d'une pièce » (CJCE, 7 sept. 2006, aff. C-526/04, *Laboratoire Boiron SA*, point 55 : *Europe* 2006, comm. 324, L. Idot ; JCP A 2007, 2048, obs. O. Clerc).

Si l'une de ces quatre conditions n'est pas satisfaite, et si donc l'aide est illégale ou incompatible avec le traité, il appartient au juge national d'ordonner la restitution de la taxe indûment versée (CJCE, 7 sept. 2006, *Laboratoire Boiron SA*, préc. – sur l'ensemble de la question, M. Karpenschif, *Qu'est-ce qu'une compensation de service public ?* : LPA 30 mars 2004, p. 326. – D. Riileg, *Financement de service public et aides d'État* : AJDA 2004, p. 1011).

84. - Cadre juridique applicable aux compensations de service public

Le cadre juridique applicable aux « compensations de service public » accordées à une entreprise chargée d'un service d'intérêt économique général est aujourd'hui défini par quatre textes formant le paquet dit « Almunia » succédant au paquet dit « Monti-Kroes » (Comm. UE, déc. 2012/21/, 20 déc. 2011. – Comm. UE, communication 2012/C 8/02, 20 déc. 2011. – Comm. UE, communication 2012/C 8/03, *Encadrement*, 20 déc. 2011. – Comm. UE, règl. 360/2012, 25 avr. 2012. – M. Bazex, *L'application du régime des aides d'État à la gestion des services d'intérêt économique général* : Dr. adm. 2012, comm. 43. – G. Kalflèche et J.-G. Sorbara, *Les compensations de service public du Paquet Almunia, une obscure clarté* : *Europe* 2012, étude 7. – M. Karpenschif, *Du paquet Monti/Kroes au paquet Almunia : le financement des SIEG simplifié et sécurisé ?* : JCP A 2012, 2006. – P. Thieffry, *La compensation des charges de service public : les contradictions du Paquet Almunia* : AJDA 2012, p. 300).

Il en ressort une architecture assez complexe qui conduit à distinguer entre quatre cas :

- le premier est celui où une compensation de service public remplit les conditions fixées par la jurisprudence Almark et ne constitue pas une aide d'État (ces compensations de service public ne sauraient toutefois être identifiées comme telles si celles-ci se substituent aux aides aux entreprises en difficulté auquel cas s'applique le régime des aides au sauvetage et à la restructuration, Trib. UE, 6 avr. 2017, aff. T-219/14, *Regione autonoma della Sardegna*. – Trib. UE, 6 avr. 2017, aff. T-220/14, *Saremar – Sardegna Regionale Marittima*) ;
- le second cas est celui où la compensation de service public est bien une aide d'État mais exonérée de notification. À cet égard, ce sont celles accordées à des services particuliers comme les hôpitaux, les services répondant à des « besoins sociaux », par exemple, le « logement social » ou « l'inclusion sociale des groupes vulnérables », les liaisons aériennes ou maritimes, les aéroports et ports sous réserve de conditions de seuil, et, d'une manière générale, à tous les SIEG mais d'un montant inférieur à 15 millions € par an (Comm. UE, déc. 2012/21/, 20 déc. 2011, art. 2) ;
- le troisième cas vise les aides d'État qui sont soumises à une obligation de notification préalable et qui doivent répondre à des exigences spécifiques pour l'appréciation de leur compatibilité avec le marché intérieur (en particulier, recours à une « consultation publique [...] permettant de tenir compte des intérêts des utilisateurs et des prestataires de service », méthodes de calcul du montant de la compensation ou « mesures incitatives afin de favoriser une prestation efficace de SIEG de qualité élevée » : Comm. 2012/C 8/03

dite « Encadrement », 20 déc. 2011). La Commission peut alors exiger des modifications dans l'allocation de l'aide lorsqu'il est possible de fournir le même SIEG à des conditions équivalentes pour les utilisateurs et en faussant moins la concurrence ;

- le quatrième cas est celui des compensations de services public inférieures à un certain seuil, dites aides *de minimis*, qui, en raison de leur faible montant, ne sont pas considérées comme affectant la concurrence (sont de telles aides, en application du règlement n° 360/2012 du 25 avril 2012, celles d'un montant inférieur à 500 000 € sur une période de trois exercices budgétaires). L'élévation du plafond, fixé antérieurement à 200 000 €, à 500 000 € a donc pour but de simplifier l'octroi d'une compensation de service public pour les services d'intérêt économique général de faible importance (*M. Bazex, Le régime des aides de minimis octroyées aux services d'intérêt général économique, nouvel instrument de régulation ? : Dr. adm. 2012, comm. 69*).

85. - Portée des dérogations aux règles de la concurrence

À partir de deux arrêts du 19 mai 1993 Paul Corbeau (*CJCE, 19 mai 1993, aff. C-320/91 : Rec. CJCE 1993, p. I-2533 ; AJDA 1993, p. 865, note Hamon ; LPA 15 mars 1995, note O. Raymundie ; Europe 1993, comm. 304, note L. Idot ; RTDE 1994, p. 125, étude A. Washmann, F. Berrod*) et du 27 avril 1994 Cne d'Almelo (*CJCE, 27 avr. 1994, aff. C-393/92 : Rec. CJCE 1994, p. I-1508 ; CJEG 1994, p. 623, concl. Darmon ; AJDA 1994, p. 637, note Hamon ; D. 1995, jurispr. p. 17, note J. Dutheil de la Rochère*), la Cour de justice des Communautés européennes a redonné une véritable portée à l'exception de l'article 86 du traité CE (aujourd'hui art. 106 TFUE) énoncée en faveur des services d'intérêt économique général (*obs. M. Bazex : Dr. adm. 2006, comm. 36. – L. Idot, Règles de concurrence et régulations sectorielles, in J. Vandamme, F. Van der Mensbrugghe [ss dir.], La régulation des services publics en Europe : Aspe Europe 2000, p. 377*).

86. - Arrêt P. Corbeau

Dans l'arrêt P. Corbeau rendu à propos de la régie des postes belges, la Cour a jugé que des dérogations aux règles de la concurrence au profit de ce service étaient possibles, y compris pour des activités spécifiques, rentables et dissociables de sa mission d'intérêt général. Elle considère ainsi que des droits exclusifs peuvent accorder à des entreprises gérant des SIEG « dans la mesure où des restrictions à la concurrence, voire une exclusion de toute concurrence, de la part d'autres opérateurs économiques, sont nécessaires pour assurer l'accomplissement de la mission particulière qui a été impartie aux entreprises titulaires de droits exclusifs ».

En l'occurrence, la Cour relève que la poste belge doit assurer « la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'État membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires sans égard aux conditions particulières et au degré de rentabilité économique de chaque opération individuelle ». Ces obligations rendent possible une compensation avec des secteurs rentables afin d'atteindre un équilibre économique.

87. - Théorie de l'équilibre économique

Dans son arrêt P. Corbeau, la Cour met en œuvre la théorie de l'équilibre économique. Cette dernière suppose de permettre aux services d'intérêt économique général, si cela est indispensable à leur équilibre financier, de procéder à une péréquation tarifaire entre secteurs d'activité. Si l'on permettait en effet à des entrepreneurs particuliers de faire concurrence à des services publics postaux dans les secteurs de leur choix, comme le service de courrier accéléré considéré en général comme rentable, cela présenterait le risque qu'ils délaissent les services de base jugés moins rentables. Ces opérateurs privés seraient donc avantagés compte tenu du fait qu'ils ne sont pas astreints à supporter les pertes réalisées dans les secteurs non rentables.

À ce titre, il a ainsi été jugé, par exemple, qu'une autorité organisatrice de transport ferroviaire au Danemark pouvait combiner des services rentables avec des services non rentables dès lors que cela était justifié par la poursuite d'un objectif légitime d'intérêt général comme l'amélioration de la desserte du territoire (*Trib. UE, 18 janv. 2017, aff. T-92/11, Jorgen Andersen c/ Commission européenne et Danske Statsbaner [DSB], préc. n° 78*).

88. - Arrêt Cne d'Almelo

Le raisonnement de la Cour est prolongé dans l'affaire Cne d'Almelo du 27 avril 1994 concernant la distribution d'électricité aux Pays-Bas. Elle justifie ici une clause d'achat exclusif (*a priori* contraire aux règles de la concurrence) dont bénéficie une entreprise par les contraintes d'intérêt général auxquelles cette dernière est assujettie. Ces contraintes tiennent au fait que cette entreprise « doit assurer la fourniture ininterrompue d'énergie électrique sur l'intégralité du territoire concédé, à tous les consommateurs, distributeurs locaux ou utilisateurs finals, à des tarifs uniformes et à des conditions qui ne peuvent varier que selon des critères objectifs applicables à tous les clients ». La Cour note également que cette entreprise doit supporter des réglementations particulières en matière de protection de l'environnement. Compte tenu de ces conditions économiques spécifiques, des restrictions à la concurrence sont donc possibles pour permettre à l'entreprise investie d'une mission d'intérêt général d'exercer celle-ci.

4° Service universel

89. - Approche générale

La notion de service universel est originaire des États-Unis : elle a été utilisée au début du XXe siècle par l'entreprise de téléphone ATT qui militait pour un service universel de communications vocales intégré et unique et assuré par elle afin de lui permettre de justifier sa position de monopole. Elle a été reprise par la Commission afin d'accompagner la libéralisation des secteurs des télécommunications (*Livre vert, 30 juin 1987, com. (87), 290*) et des services postaux (*Livre vert postal, 11 juin 1992, com. (92), 476*). Une architecture commune se dégage des textes de droit dérivé adoptés sur cette base (pour le secteur des communications électroniques, *PE et Cons. UE, dir. 2002/22, 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques*. - Pour le secteur postal, *PE et Cons. UE, dir. 97/67, 15 déc. 1997*) et codifiés en droit interne (pour le secteur postal, *CPCE, art. L. 1 à L. 5-3 et R. 1 à R. 1-10*. - Pour le secteur des communications électroniques, *CPCE, art. L. 35, L. 35-1 à L. 35-6 et R. 20-30 à R. 20-44*. - *P. Esplugas, Le service universel : Dr. adm. 2002, chron. 21*). De manière plus marginale, le service universel a été étendu au secteur de l'électricité (*PE et Cons. UE, dir. 2009/72/CE, 13 juill. 2009*).

90. - Signification

Dans le secteur des communications électroniques, le service universel est défini comme un « ensemble minimal de services d'une qualité spécifiée, accessible à tous les utilisateurs finals, à un prix abordable, compte tenu des conditions nationales spécifiques, sans distorsion de concurrence » (*PE et Cons. UE, dir. 2002/22, 7 mars 2002, art. 1er, 2*). En droit interne, il est indiqué que celui-ci « fournit à tous [...] un service téléphonique de qualité à un prix abordable » (*CPCE, art. L. 35-1*).

Dans le secteur postal, le service universel est défini comme « une offre de services postaux de qualité déterminée fournis de manière permanente en tout point du territoire, à des prix abordables pour tous les utilisateurs » (*Dir. 15 déc. 1997, art. 3, 1*). Pour le droit interne, le service universel postal « concourt à la cohésion sociale et au développement équilibré du territoire. Il est assuré dans le

respect des principes d'égalité, de continuité et d'adaptabilité en recherchant la meilleure efficacité économique et sociale. Il garantit à tous les usagers, de manière permanente et sur l'ensemble du territoire national, des services postaux répondant à des normes de qualité déterminées. Ces services sont offerts à des prix abordables pour tous les utilisateurs [...] » (CPCE, art. L. 1).

Dans le secteur de l'électricité, un service universel est organisé par les États membres en direction des « clients résidentiels et, lorsqu'ils le jugent approprié, les petites entreprises (à savoir les entreprises employant moins de 50 personnes et dont le chiffre d'affaires ou le bilan annuel n'excède pas 10 000 000 €) ». Celui-ci est conçu comme le « droit d'être approvisionnés, sur leur territoire, en électricité d'une qualité définie, et ce à des prix raisonnables, aisément et clairement comparables, transparents et non discriminatoires » (*PE et Cons. UE, dir. 2009/72/CE, 13 juill. 2009, art. 3-3*). À ce titre, est instituée en droit interne une tarification spéciale de l'électricité comme produit de première nécessité (*D. n° 2004-325, 8 avr. 2004 : JO 10 avr. 2004, p. 6773*).

91. - Application des obligations du service universel aux prestations de base

Le service universel s'applique à certaines prestations de base dont le champ est toutefois susceptible d'évolution en fonction en particulier de l'évolution des technologies. À ce titre, dans le secteur des communications électroniques, le service universel défini par la législation européenne couvre désormais, pour les utilisateurs qui en font la demande, un raccordement permettant de prendre en charge les communications vocales, les communications par télécopie et les communications de données, à des débits de données suffisants pour permettre un accès fonctionnel à l'Internet, compte tenu des technologies les plus couramment utilisées par la majorité des abonnés et de la faisabilité du point de vue technique (*PE et Cons. UE, dir. 2002/22, 7 mars 2002, art. 4*). De plus, les utilisateurs doivent disposer d'un annuaire complet, mis à jour au minimum une fois par an, pouvoir accéder à au moins un service de renseignements téléphoniques (*PE et Cons. UE, dir. 2002/22, 7 mars 2002, art. 5*). Les autorités réglementaires nationales doivent également être en mesure d'imposer à des entreprises la mise à disposition de postes téléphoniques payants publics ou d'autres points d'accès aux services publics de téléphonie vocale afin de répondre aux besoins des utilisateurs finaux, que ce soit en termes de couverture géographique, de nombre de postes ou d'autres points d'accès, d'accessibilité de ces postes pour les utilisateurs handicapés ou de qualité des services (*PE et Cons. UE, dir. 2002/22, 7 mars 2002, art. 6*). Le terme universel implique enfin que les États membres veillent à ce que les utilisateurs handicapés bénéficient d'une offre adaptée à leurs besoins et au niveau équivalent à celui dont bénéficient les autres utilisateurs (*PE et Cons. UE, dir. 2002/22, 7 mars 2002, art. 7*). En revanche, ne rentrent pas dans le champ du service universel la téléphonie mobile et l'accès à large bande à l'Internet.

De la même manière, en droit interne, le service universel inclut comme prestations de base la téléphonie vocale entre points fixes, la télécopie, l'accès à Internet à bas débit et les appels gratuits d'urgence (*CPCE, art. L. 35-1*).

Pour le secteur postal, le service universel inclut les envois pesant jusqu'à 2 kg et les colis pesant jusqu'à 10 kg, ainsi que des envois recommandés et assurés. De plus, les États membres sont libres d'étendre le service universel intérieur aux colis pesant jusqu'à 20 kg (*PE et Cons. UE, dir. 97/67, 15 déc. 1997, art. 3*). Conformément au droit de l'Union, le droit interne a étendu le champ des prestations couvertes par le service universel aux limites maximales autorisées par le droit de l'Union européenne. Ainsi, le service universel comprend « des offres de services nationaux et transfrontières d'envois postaux d'un poids inférieur ou égal à 2 kg, de colis postaux jusqu'à 20 kg, d'envois recommandés et d'envois à valeur déclarée » (*CPCE, art. L. 1*).

92. - Obligations du service universel

Les textes européens indiquent, pour chaque secteur concerné et à propos des prestations de base, des obligations de prix, de qualité et de couverture du territoire auxquelles sont assujettis le ou les organismes prestataires. Ainsi, en matière de communications électroniques, les obligations de service universel se traduisent par la mise à disposition d'un bloc de services à « tous les utilisateurs sur leur territoire, indépendamment de leur position géographique, à un niveau de qualité spécifié et, compte tenu de circonstances nationales particulières, à un prix abordable » (PE et Cons. UE, dir. 2002/22, 7 mars 2002, art. 3). Pour le reste, le droit de l'Union laisse le soin aux États membres, en application du principe de subsidiarité, de définir au niveau national les exigences de « qualité » et de « tarif abordable ». Cette marge de manœuvre se traduit en particulier par la possibilité d'exiger des entreprises assumant des obligations de service universel de respecter un encadrement des tarifs ou d'appliquer une tarification commune, y compris une péréquation géographique, sur l'ensemble du territoire national (PE et Cons. UE, dir. 2002/22, 7 mars 2002, art. 9).

Le droit interne précise dans ce cadre les conditions de l'accessibilité au service universel. Ainsi, l'universalité du service implique, d'un point de vue de l'utilisateur, qu'il soit fourni « à tous » et que toute personne puisse « obtenir, sur sa demande, l'abonnement au service d'un opérateur chargé du service universel » (CPCE, art. L. 35-I, 1°). Du point de vue du prestataire, l'universalité impose « un service de renseignement et un annuaire d'abonnés, sous forme imprimée et électronique » et que soient prévues des mesures particulières en faveur des utilisateurs finaux handicapés (CPCE, art. L. 35-I, 2° et 4°). Enfin, ce prestataire est soumis à des obligations tarifaires qui « incluent le maintien, pendant une année, en cas de défaut de paiement, d'un service restreint comportant la possibilité de recevoir des appels ainsi que d'acheminer des appels téléphoniques aux services gratuits ou aux services d'urgence au bénéfice du débiteur » (CPCE, art. L. 35-I, 1°). De plus, les conditions tarifaires et techniques proposées peuvent être modulées en fonction des « difficultés particulières rencontrées dans l'accès au service téléphonique par certaines catégories de personnes, en raison notamment de leur niveau de revenu » (CPCE, art. L. 35-I, 4°).

En matière postale, le droit de l'Union oblige à ce que le service universel soit garanti au minimum une levée et une distribution au domicile de chaque personne « au moins cinq jours ouvrables par semaine, sauf circonstances ou conditions géographiques jugées exceptionnelles » (PE et Cons. UE, dir. 97/67, art. 3-3). En application, le droit interne étend les services de levée et de distribution relevant du service universel postal à « tous les jours ouvrables, sauf circonstances exceptionnelles », soit 6 jours sur sept (CPCE, art. L. 1). D'autres obligations au titre du service universel postal sont prévues « en matière de qualité et d'accessibilité du service, de traitement des réclamations des utilisateurs et, pour des prestations déterminées, de dédommagement en cas de non-respect des engagements de qualité de service » (CPCE, art. L. 2).

93. - Évaluation des obligations du service universel

Dans le secteur des communications électroniques, les autorités réglementaires nationales doivent tenir compte d'un ensemble de paramètres (délai de fourniture pour le raccordement initial, taux de défaillance par ligne d'accès, temps de réparation d'une défaillance, temps de réponse pour les services de renseignements téléphoniques, traitement des plaintes concernant la facturation) destinés à évaluer la qualité des prestations du service universel (PE et Cons. UE, dir. 2002/22, 7 mars 2002, ann. III). De plus, s'agissant du caractère abordable du tarif des

prestations du service universel, les autorités réglementaires nationales doivent contrôler l'évolution et le niveau des tarifs de détail par rapport au niveau des prix à la consommation et des revenus nationaux (*PE et Cons. UE, dir. 2002/22, art. 9*). Cette obligation européenne est reprise en droit interne : le Gouvernement doit remettre au parlement tous les 3 ans un rapport dont l'objet est d'évaluer, pour chaque catégorie d'usagers, le coût de l'ensemble des communications électroniques et de faire des propositions pour enrichir le contenu du service universel eu égard aux évolutions technologiques, aux besoins de la société et de l'aménagement équilibré du territoire (*CPCE, art. L. 35-7*).

En pratique, dans un sens extensif, on peut se demander si l'universalité ne commanderait pas que des prestations minimales de téléphonie mobile soient concernées par le périmètre du service universel. À l'inverse, dans un sens restrictif, l'existence d'un réseau de cabines téléphoniques ne figure plus, compte tenu de leur caractère obsolète, dans le champ obligatoire des prestations du service universel (*L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 129 : JO 7 août 2015, p. 13537*). On peut en revanche douter de l'intérêt de conserver à ce jour dans ce champ la télécopie devenue inusitée.

Dans le secteur postal, il est exigé que tous les trois ans, le Gouvernement, après avis de la Commission supérieure du service public des postes et des communications électroniques et de l'ARCEP, informe le Parlement des conditions d'exécution par La Poste de sa mission de service universel postal ainsi que des moyens mis en œuvre pour l'améliorer (*CPCE, art. L. 2*).

La question se pose aujourd'hui, du fait de la réduction du volume d'activités des entreprises du secteur postal confrontées aux nouvelles technologies, du respect de leurs obligations du service universel. On observe en effet dans certains États européens (Allemagne, Luxembourg, Pays-Bas) que les prestataires en charge de ce service procèdent à la réduction du nombre de jours de distribution, la fermeture de bureaux ou de points de contacts, ou envisagent la distribution de courrier dans des boîtes aux lettres collectives. En France, la Cour des comptes remarque que l'obligation pour La Poste de distribuer le courrier 6 jours sur 7 entraîne des coûts importants sans nécessairement correspondre aux attentes des consommateurs, notamment en zone urbaine (*C. comptes, Rapp. public annuel 2016, p. 419*). Cette entreprise a même été condamnée par l'ARCEP pour manquement à ses obligations du service universel à propos de l'envoi des petits objets à un prix abordable (*ARCEP, déc. n° 2011-1453, 20 déc. 2011. – H. Pauliat, Le cas des services postaux : Énergie - Env. - Infrastr. 2016, dossier 29, n° 10*).

94. - Conséquences des obligations du service universel : dérogations aux règles de la concurrence

Dans le secteur postal, la dérogation aux règles de la concurrence ouverte par les textes jusqu'en 2010 était importante puisque les États membres pouvaient un secteur réservé en faveur d'un ou des prestataires du service universel.

Cependant, depuis le 31 décembre 2010, il est organisé une ouverture totale du marché avec l'interdiction faite aux États membres d'accorder ou de maintenir des droits exclusifs ou spéciaux pour la mise en place et la prestation de services postaux (*PE et Cons. UE, dir. 20 févr. 2008. – CPCE, art. 7*). Par ailleurs, les dérogations aux règles de la concurrence, ouvertes par la jurisprudence de la Cour de justice Corbeau (*cité n° 86*), ont joué en faveur de la Poste Italienne (*CJCE, 17 mai 2001, aff. C-340/99, TNT Traco SpA et Poste Italiane SpA : Europe 2001, comm. 218, L. Idot*). Cette entreprise, investie du service universel postal, était pourtant placée en situation d'abus de position dominante du fait de la perception sur les opérateurs de courrier express d'un droit postal indépendamment de tout service rendu. La Cour considère en effet la perception de ce droit justifiée par l'obligation faite aux opérateurs ne relevant pas du service universel de contribuer au financement de ce dernier et par le fait que l'opérateur sur lequel pèsent ces charges peut ainsi l'assumer dans des conditions économiquement équilibrées.

95. - Organes prenant en charge les obligations de service universel

La logique européenne est de favoriser le plus possible l'accès aux réseaux, y compris pour les prestations relevant du service universel. Ainsi, dans les secteurs des communications électroniques et des postes, les États membres peuvent répartir de telles obligations entre plusieurs opérateurs par l'octroi de licences individuelles. En matière de communications électroniques, celles-ci doivent être attribuées selon « *un mécanisme de répartition efficace, objectif et transparent* », ce qui suppose un mécanisme d'appel d'offres ouvert ou de mise aux enchères publiques (*PE et Cons. UE, dir. 2002/22, 7 mars 2002, art. 8*).

En conséquence, les obligations de service public sont désormais définies par la loi interne en tant que telles, indépendamment de l'opérateur qui a pour mission de les assurer (*L. n° 2003-1365, 31 déc. 2003, titre 1^{er} : JO 1^{er} janv. 2004, p. 9*). Ceci a pour signification que France Télécom (aujourd'hui Orange) n'est plus *a priori* l'opérateur chargé de fournir le service universel. Il revient en effet au ministre chargé des communications électroniques de désigner les opérateurs chargés de fournir les composantes du service universel à l'issue d'appels à candidatures portant sur les conditions techniques et tarifaires et le coût net de fourniture de ces prestations (*CPCE, art. L. 35-2*).

En revanche, l'entreprise publique « La Poste » est désignée expressément comme seul prestataire du service universel postal mais désormais pour une durée déterminée de 15 ans à compter du 1er janvier 2011 (*CPCE, art. L. 2*). Passé ce délai, il appartiendra à l'ARCEP de délivrer, à nouveau pour une durée de 15 ans, l'autorisation demandée par les prestataires (*CPCE, art. L. 5-1*).

96. - Financement des services universels

Comme pour les services d'intérêt économique général, les États membres disposent, en application du principe de subsidiarité, d'une liberté de choix dans le financement du service universel. Le droit de l'Union ouvre plusieurs modes de financement du service universel pour peu que les moyens employés restent conformes à ce droit.

97. - Modes de financement dans le secteur des communications électroniques

Afin de compenser les coûts nets que peut occasionner la fourniture du service universel, des mécanismes de compensation en faveur des opérateurs soumis aux obligations de service universel peuvent être prévus. Il peut s'agir de l'instauration d'un mécanisme d'indemnisation à partir de fonds publics et/ou d'un mécanisme de répartition des coûts entre les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques (*PE et Cons. UE, dir. 2002/22, 7 mars 2002, art. 13*).

En droit interne, le coût net du service universel est intégralement financé par un fonds de service universel auquel contribue l'ensemble des opérateurs au prorata, initialement, de leur volume de trafic téléphonique, aujourd'hui de leur chiffre d'affaires. La gestion comptable et financière de ce fonds est régie par une convention entre l'ARCEP et la Caisse des dépôts et consignations (*CPCE, art. L. 35-3, R. 20-31 et s.*).

98. - Modalités de calcul du financement du service universel dans le secteur des communications électroniques

Le coût net du service universel peut être défini comme la différence entre le coût net supporté par une entreprise lorsqu'elle fournit un service universel et celui lorsqu'elle n'en fournit pas. Ainsi, ceci revient à évaluer les coûts évités par les entreprises n'assumant pas d'obligation de service universel. Lorsque la fourniture du service universel représente une charge injustifiée pour les entreprises assumant les obligations afférentes, il appartient aux autorités réglementaires nationales de calculer le coût net de cette fourniture en tenant compte de l'avantage commercial éventuel que retirent ces entreprises (*PE et Cons. UE, dir. 2002/22, 7 mars 2002, art. 12*).

Les règles initiales françaises concernant les méthodes d'évaluation et de partage des coûts des différentes composantes et les modalités de paiement ont été mises en cause, d'une part, par la Cour de justice faute de calcul précis du coût réel des obligations de service universel qui ne saurait être évalué de manière forfaitaire (*CJCE, 6 déc. 2001, aff. C-146/00, Comm. c/ France*) et, d'autre part, par le Conseil d'État faute de publicité suffisante des règles de calcul (*CE, 18 juin 2003, n° 250608, Sté Tiscali : JurisData n° 2003-065805*). Ces règles sont aujourd'hui fixées par le décret n° 2003-338 du 10 avril 2003 relatif au financement du service universel (*CPCE, art. R. 20-31 et s.*).

99. - Modes de financement dans le secteur postal

Le choix est laissé aux États membres de financer le service universel postal soit par des « fonds publics », soit par un « mécanisme de répartition du coût net des obligations de service universel entre les prestataires de services et/ou les utilisateurs » (*PE et Cons. UE, dir. 2008/6/CE, 20 févr. 2008, art. 7-3*). Dans ce dernier cas de figure, il peut être imposé aux prestataires de services et/ou aux utilisateurs une redevance alimentant un fonds

de compensation administré par un organisme indépendant du ou des bénéficiaires (*PE et Cons. UE, dir. 2008/6/CE, 20 févr. 2008, art. 7-4*) sous condition de respecter, lors de l'établissement du fonds de compensation et pour la fixation du niveau des contributions financières, les principes de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité (*PE et Cons. UE, dir. 2008/6/CE, 20 févr. 2008, art. 7-5*).

Conformément au droit de l'Union, il est institué en droit interne un fonds de compensation du service universel postal géré par un établissement public dont la fonction est d'assurer le financement des coûts nets liés aux obligations de service universel. La contribution de chaque prestataire postal est arrêtée par l'ARCEP et est calculée au prorata du nombre d'envois postaux qu'il achemine dans le champ du service universel (*CPCE, art. L. 2-2*).

100. - Critique du concept de service universel

Le concept de service universel a été critiqué, notamment par le Conseil d'État dans son rapport pour 1994, comme étant trop restrictif (*Conseil d'État, Service public, services publics : déclin ou renouveau ? : EDCE, n° 46, 1995*). Pour la Haute juridiction, ce serait un service public minimal placé dans un environnement concurrentiel et « sans doute peu à même de remplir le rôle d'instrument de cohésion sociale et de lutte contre l'exclusion que l'on attend du service public dans la conception française » (*M. Long : RFDA 1995, p. 501. – V. aussi M. Debene et O. Raymundie, Sur le service universel : renouveau ou mystification : AJDA 1996, p. 171. – M. Lombard, Service public et service universel ou la double inconstance. Mél. B. Jeanneau : Dalloz, 2002, p. 491*). Il est un fait que la réduction à des prestations de base, dont le champ tel qu'il est en l'état fixé dans le secteur des communications électroniques est d'ailleurs contestable (télécopie mais pas téléphonie mobile), nourrit la critique du manque d'universalité. La notion de service universel présenterait en outre le risque d'écarter des progrès technologiques ceux qui n'ont accès qu'à ce type de service. À ce titre, elle aurait pour conséquence de créer des services à plusieurs vitesses : un service public sans doute accessible à tous mais réduit aux prestations de base et d'autres services fournissant des prestations plus élaborées mais accessibles à ceux qui sont disposés à en payer le prix.

Les critiques du Conseil d'État doivent aujourd'hui, au regard de l'évolution du droit de l'Union européenne et du droit interne, être relativisées. En effet, le service universel est une notion, par nature, dynamique appelée à évoluer en fonction des mutations technologiques, des exigences nouvelles de l'intérêt général et des besoins des usagers. Ainsi, des prestations non couvertes initialement par le service universel peuvent, par la suite, relever de son champ. À ce titre, le service universel téléphonique doit, ce qui n'était pas le cas à l'origine, acheminer des communications de données « à des débits suffisants pour permettre l'accès à Internet » (*CPCE, art. L. 35-1*). À l'inverse, l'existence d'un réseau de cabines téléphoniques ne figure plus, compte tenu de leur caractère obsolète, dans le champ obligatoire des prestations du service universel (*L. n° 2015-990, 6 août 2015, art. 129*).

En outre, le service universel est conçu comme une « notion plancher » qui autorise les États membres à adopter des obligations de service public plus exigeantes que celles résultant du droit de l'Union européenne pourvu que les moyens restent conformes à ce droit. En ce sens, l'organisme en charge du service public des communications électroniques doit assurer, en sus de ses obligations du service universel, des services obligatoires (accès au réseau RNIS, liaisons louées, commutation de données par paquets, services « avancés » de téléphonie vocale, télex) et des missions d'intérêt général (prescriptions exigées par la défense, la sécurité publique, l'enseignement, la recherche et le développement. – *CPCE, art. L. 35-5 et L. 35-6*).

De même, en matière postale, les missions de service public et d'intérêt général de La Poste sont, outre le service universel postal, la contribution, par son réseau de points de contact, à

l'aménagement et au développement du territoire, le transport et la distribution de la presse et l'accessibilité bancaire (*L. n° 2010-123, 9 févr. 2010, art. 2 : JO 10 févr. 2010, p. 2321*).

Il reste que la notion de service universel, conçue à l'origine comme un substitut au niveau européen à celle française de service public ou à celle inscrite dans les traités de service économique d'intérêt général, ne s'est finalement pas développée en demeurant circonscrite à seulement deux secteurs, la poste et les communications électroniques. Même dans ces secteurs, les évolutions majeures se font en marge de cette notion. Cette dernière ne joue pas la fonction d'universalité, au sens d'accessibilité à tous, qu'elle est censée, par essence, exercer. On ne peut donc exclure que la notion de service universel soit appelée à s'éteindre.

III. - Régime juridique

101. - Régime juridique spécifique

Le but d'intérêt général poursuivi par le service public commande un régime juridique spécifique à ce type d'activité. Ce régime concerne la création et suppression, l'organisation et le fonctionnement du service public et le statut de ses usagers.

A. - Création et suppression

102. - Création et suppression par une collectivité publique

Un service public est normalement créé ou supprimé par une collectivité publique fondatrice, l'État ou une collectivité territoriale. Un établissement public ne peut en principe détenir cette compétence. Celui-ci n'est en effet qu'un mode de gestion du service public, soumis, de surcroît, au principe de spécialité. Toutefois, d'une part, des établissements publics de coopération intercommunale peuvent être amenés, par exception, à créer des services publics (*CE, sect., 18 déc. 1959, Delansorne*) ; d'autre part, le principe de spécialité ne fait pas obstacle à ce qu'un établissement public, notamment industriel et commercial, engage une diversification de ses activités pour peu que celles-ci « soient techniquement et commercialement le complément normal de sa mission statutaire principale » et « soient à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public » (*CE, avis n° 356089, 7 juill. 1994*).

103. - Services publics nationaux et locaux

Les règles de création et de suppression sont différentes selon que l'on est en présence de services publics nationaux ou locaux (*J.-C. Douence, Les incidences du caractère national ou local du service public : AJDA 1997, n° spécial, p. 118. – G. Quiot, La doctrine et la distinction des services publics nationaux et des services publics locaux : observations critiques. Mél. H. Charles : PU Nice Sophia Antipolis, 2001, p. 305*).

1° Services publics nationaux

a) Domaines de création et de suppression

104. - Compétence de principe

Étant maître de la définition de l'intérêt général, le législateur ou l'autorité réglementaire, selon les cas, dispose en principe d'une compétence discrétionnaire pour créer ou supprimer un service public (*Cons. const., 25-26 juin 1986, n° 86-207 DC : JO 27 juin 1986, p. 7978*). Le juge exerce seulement un contrôle minimum incluant la vérification de l'absence d'erreur manifeste d'appréciation (*CE, sect., 25 avr. 1980, min. Éduc. c/ Institut technique privé Dunkerque : AJDA 1980, p. 491*). Cette compétence discrétionnaire rencontre toutefois des limites dans la mesure où des services publics sont exigés par la Constitution.

105. - Services publics rendus obligatoires par la Constitution

Le Conseil constitutionnel a considéré par sa décision du 26 juin 1986 que « la nécessité de certains services publics découle de principes ou de règles de valeur constitutionnelle ». Leur nécessité constitutionnelle fait obstacle, selon le Conseil, à leur transfert au secteur privé. De tels services publics peuvent toutefois être exercés par des personnes privées à la condition de rester sous la tutelle de l'État ou son contrôle (*Cons. const., 28 déc. 1990, n° 90-285 DC : JO 30 déc. 1990, p. 16609*).

Le juge constitutionnel a précisé, en outre, que ni le service public du crédit, ni celui de la communication audiovisuelle n'étaient exigés par la Constitution (*Cons. const., 18 sept. 1986, n° 86-217 DC, préc. n° 104. – Cons. const., 7 janv. 1988, n° 87-232 DC : JO 10 janv. 1988,*

p. 482). Il n'a, en revanche, pas eu l'occasion de donner d'exemples de services publics constitutionnels. L'identification de ces derniers est à rechercher dans les textes constitutionnels. De tels services publics peuvent être déduits, d'une part, du principe de souveraineté nationale et, d'autre part, des droits créances de nature économique et sociale proclamés par le Préambule de la Constitution de 1946 (*R. de Bellescize, Les services publics constitutionnels : LGDJ, BDP, 2005. – P. Esplugas, Conseil constitutionnel et service public : LGDJ, Bibl. const. et science pol., 1994, p. 17 s. – L. Favoreu, Service public et Constitution : AJDA 1997, n° spécial, p. 16 ; Retour sur les services publics constitutionnels : une catégorie mort-née ? Mél. S. Regourd : Institut Varenne, 2019, p. 713*).

106. - Services publics constitutionnels déduits du principe de souveraineté nationale

Le principe de souveraineté nationale implique comme mode d'exercice l'organisation de services publics. Ils correspondent aux fonctions régaliennes classiques de l'État. Ce sont ainsi les services publics garants de la sûreté et de l'ordre public, c'est-à-dire la justice et la force publique entendue comme la police et la défense, les services publics garants de la souveraineté externe, c'est-à-dire la diplomatie, et les services publics garants de la souveraineté économique et financière, c'est-à-dire le fisc et la monnaie. De plus, il convient sans doute d'inclure parmi les services publics constitutionnels ceux couvrant les fonctions pénitentiaires de surveillance de prisonniers dans la mesure où ils constituent un instrument de coercition attaché à la souveraineté de l'État par opposition aux tâches de gestion (du type maintenance, blanchisserie ou cantine) qui peuvent faire l'objet d'un contrat de délégation à des personnes privées (*Cons. const., 22 mars 2012, n° 2012-651 DC, Loi de programmation relative à l'exécution des peines : JO 28 mars 2012, p. 5605*).

En revanche, malgré son caractère stratégique pour la vie économique de la Nation, l'exploitation des aéroports de Paris n'est pas considérée comme un service public constitutionnel (*Cons. const., 9 mai 2019, n° 2019-1 RIP, Proposition de loi visant à affirmer le caractère de service public national de l'exploitation des aéroports de Paris : JO 15 mai 2019, texte n° 65. – Cons. const., 16 mai 2019, n° 2019-781 DC, Loi PACTE : JO 23 mai 2019, texte n° 4*).

107. - Services publics constitutionnels déduits des droits créances

La concrétisation des droits créances proclamés par le Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 suppose l'organisation de services publics. Ainsi, le « *devoir de l'État* » d'assurer un « *enseignement public, gratuit et laïque* » induit un service public de l'enseignement (*Const., Préambule, al. 13*). De même, les droits à la protection de la santé et à la sécurité matérielle commandent l'existence d'un service public de la santé et de la sécurité sociale (*Const., Préambule, al. 11*). En revanche, la Constitution ne consacrant pas directement un droit à la culture et la formation professionnelle mais seulement un égal accès à ces activités (*Const., Préambule, al. 13*), il n'existe pas, à notre sens, de services publics constitutionnels correspondants.

108. - Services publics constitutionnels par détermination de la loi

Le législateur a toujours la faculté d'ériger une activité en service public national. La conséquence est qu'un tel service public ne peut être privatisé au vu de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 selon lequel « *tout bien, toute entreprise dont l'exploitation a ou acquiert les caractères d'un service public national [...] doit devenir la propriété de la collectivité* ».

L'application de cette disposition s'est posée pour des services publics nationaux dans le secteur économique. L'exigence de non-privatisation a conduit ainsi le Conseil constitutionnel à vérifier que le capital social de trois entreprises chargées d'un service public national, France Télécom

(*Cons. const.*, 23 juill. 1996, n° 96-380 DC : JO 27 juill. 1996, p. 11408), Électricité de France et Gaz de France (*Cons. const.*, 5 août 2004, n° 2004-501 DC : JO 11 août 2004, p. 14337. – J.-E. Schoettl, *La loi relative au service public de l'électricité et du gaz et aux entreprises électriques et gazières devant le Conseil constitutionnel* : LPA 19 août 2004, p. 3-11) était détenu majoritairement par l'État. De même, en décidant que la société ADP exploitant les aéroports de Paris est un service public national, les auteurs d'une proposition de loi visant à organiser en ce sens un référendum d'initiative partagée poursuivent l'objectif de s'opposer à la privatisation de cette société (*Prop. de loi n° 1867 enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 10 avril 2019*).

109. - Portée relative de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946

La protection constitutionnelle offerte par l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 contre une privatisation d'un service public national n'est en réalité que de faible portée. En effet, si le législateur souhaite privatiser le capital d'une entreprise en charge d'un service public national, il lui suffit préalablement d'ôter à cette entreprise la qualité de service public national (*O. Schrameck, Cons. const.*, 23 juill. 1996, *préc.* : AJDA 1996, p. 694). L'alinéa 9 n'a ainsi plus vocation à s'appliquer. En ce sens, en retirant à France Télécom les obligations de service universel et de service public (*Const., Préambule, art. 1er*), la loi n° 2003-1365 du 31 décembre 2003 a pu abroger l'obligation de détention majoritaire du capital de cette entreprise par l'État (*L. n° 2003-1365, 31 déc. 2003, art. 7*) sans méconnaître à première vue la Constitution. Il aurait été toutefois utile que le Conseil constitutionnel soit saisi, ce qui n'a pas été en l'espèce le cas, afin de valider au plan constitutionnel ce processus (*G. Quiot, De l'inconstitutionnalité de la loi du 31 décembre 2003 relative aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom* : AJDA 2005, p. 813).

De même, la disposition du texte de loi n° 2006-1537 du 7 décembre 2006 relative au secteur de l'énergie et autorisant la privatisation de Gaz de France (*L. n° 2006-1537, 7 déc. 2006, art. 39* : JO 8 déc. 2006, p. 18531) a été validée dès l'instant où le législateur a retiré à cette entreprise les missions de service public national (*Cons. const.*, 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC : AJDA 2007, p. 473, *note G. Marcou* ; LPA 7 déc. 2006, p. 3 ; LPA 8 déc. 2006, p. 16, *note J.-E. Schoettl* ; CJEG 2007, p. 41, *note P.-A. Molina* ; JCP A 2007, 2099, *note G. Drago*). Les obligations de service public (en matière d'accès aux réseaux, de stockage ou de péréquation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution) sont en effet désormais réparties entre les opérateurs présents sur le marché nouvellement ouvert à la concurrence (*M.-L. Basilien-Gainche, La libéralisation communautaire des marchés de l'électricité et du gaz. Une reconfiguration des obligations de service public* : AJDA 2007, p. 74). Comme pour le secteur des communications électroniques, il est donc distingué entre un service public du gaz naturel, au sens matériel d'activité, et les personnes morales, désormais éclatées, en charge de ces missions de service public. Le fait que l'entreprise Gaz de France ne soit plus un service public national ouvre ainsi la voie à sa privatisation puisque dès lors l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 n'a plus vocation à s'appliquer (*G. Marcou, Que reste-t-il de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 ?* : AJDA 2007, p. 192. – *G. Quiot, La révision de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 par le Conseil constitutionnel* : LPA 7 mars 2007, p. 4).

L'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 n'a pas non plus vocation à s'appliquer au texte de loi modifiant le statut de l'entreprise publique La Poste d'établissement public industriel et commercial en société anonyme compte tenu du fait que ce texte n'a effectivement pas pour effet de transférer de transférer au secteur privé (*Cons. const.*, 4 févr. 2010, n° 2010-601 DC, *Loi relative à l'entreprise publique La Poste et aux activités postales* : JO 10 févr. 2010, p. 2327).

En revanche, il est loisible au législateur d'ériger une activité comme l'aménagement, l'exploitation et le développement des aéroports de Paris en service public national au sens de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946 de manière, en cas d'adoption de la loi, à s'opposer à la privatisation de la société assurant cette activité (*Cons. const.*, 9 mai 2019, n° 2019-1 RIP, préc. n° 106).

110. - Appréciation stricte du caractère national d'un service public

La jurisprudence tend à interpréter strictement le caractère national d'un service public. Il a été jugé ainsi que n'est pas un service public national, au sens de l'alinéa 9 du Préambule de la Constitution de 1946, le système de construction et d'exploitation de réseaux autoroutiers dès lors qu'aucune des sociétés en présence ne s'est vue attribuer de concession, à l'échelon national, pour l'ensemble des autoroutes. En l'espèce, l'absence de reconnaissance de la qualité de service public national rend donc possible la privatisation par décret de sociétés mixtes d'autoroutes (*CE, sect.*, 27 sept. 2006, n° 290716, Bayrou, *Association des usagers des autoroutes publiques de France et a. : JurisData n° 2006-070758*). Le Conseil d'État a ainsi dans ce cas une interprétation stricte du caractère national d'un service public car on peut faire valoir, à l'inverse, que les services publics de la santé ou de l'éducation sont gérés par une multitude d'établissements locaux sans pour autant que soit contesté leur caractère national (*G. Quiot, Le Conseil d'État et la constitutionnalité de la privatisation des sociétés concessionnaires d'autoroutes : AJDA 2006, p. 1163*).

De la même manière, la société Aéroports de Paris ne saurait exploiter un service public national dans la mesure où la compétence attribuée à l'État par le Code des transports pour créer, aménager et exploiter les aéroports d'intérêt national ou international (*C. transp.*, art. L. 6311-1) ne conduit pas à confier à cette seule société l'exploitation d'un service public aéroportuaire à caractère national (*Cons. const.*, 16 mai 2019, n° 2019-781 DC, préc. n° 106).

b) Autorités compétentes

111. - Parallélisme des compétences

La règle du parallélisme des compétences impose que les autorités compétentes pour créer ou supprimer un service public soient en principe identiques. Toutefois, cette règle ne s'applique pas si la suppression d'un service public ne se présente pas formellement comme la modification de l'acte de création.

112. - Compétence législative ou réglementaire définie par la Constitution

Le législateur ne dispose pas, en vertu de la Constitution, d'une compétence générale pour créer ou supprimer un service public. La compétence est donc a priori celle du pouvoir réglementaire. En fait, l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958 réserve la compétence du législateur dans un nombre important de cas. Ainsi, celui-ci demeure-t-il compétent lorsque la création ou la suppression de service public :

- porte atteinte aux « garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques » (*Const.*, art. 34, al. 2), notamment de la liberté du commerce et de l'industrie (*CE, sect.*, 13 nov. 1953, *Ch. syndicale industries et commerces armes, munitions ou articles de chasse : Lebon, p. 487*), de la liberté d'entreprendre (*Cons. const.*, 16 janv. 1982, n° 81-132 DC : *JO 17 janv. 1982, p. 299*) ou du pluralisme et l'indépendance des médias (*Const.*, art. 34, al. 2) ;
- donne lieu à la création d'une catégorie d'établissements publics (*Cons. const.*, 25 juill. 1979, n° 79-108 L : *JO 27 juill. 1979*. – *V. JCl. Administratif, fasc. 135*). La compétence du législateur s'étend également à la détermination de leurs règles constitutives (*Cons. const.*, 31 mai 1999, n° 99-186 L : *AJDA 1999, p. 531, chron. Schoettl*) ;

- est assortie d'une nationalisation ou d'une privatisation d'entreprise (*Cons. const.*, 16 janv. 1982, n° 81-132 DC, *préc.*) ;
- est directement mentionnée par l'article 34 de la Constitution. À ce titre, cette disposition place dans le domaine de la loi la création de nouveaux ordres de juridiction, la détermination des principes fondamentaux de la sécurité sociale, de la défense nationale et de l'enseignement.

2° Services publics locaux

113. - Compétence générale pour la commune et d'attribution pour le département et la région

Longtemps, la clause de compétence générale dont était dotée chaque collectivité territoriale les autorisait à une liberté de création et de suppression de service public, sous réserve de respecter leur ressort territorial, les compétences obligatoires de l'État et des autres collectivités territoriales ainsi que les prescriptions tirées de la jurisprudence Chambre syndicale du commerce en détail de Nevers. Toutefois, en supprimant cette clause de compétence générale pour les régions et les départements, la loi n° 2015-991 du 7 août 2015 dite « NOTRe » limite mécaniquement la compétence générale de ces deux collectivités en matière de création de services publics (*L. n° 2015-991, 7 août 2015, art. 1^{er} et 94 : JO 8 août 2015, p. 13705*). Le Code général des collectivités territoriales précise ainsi que le conseil départemental ou le conseil régional règlent par leurs délibérations les affaires du département ou de la région « dans les domaines de compétences que la loi lui attribue » (*CGCT, art. L. 3211-1 et L. 4221-1*). Il convient donc désormais de se référer à la multiplicité des textes spéciaux pour déterminer quelle est la compétence du département ou de la région pour créer un service public local (*V. JCl. Administratif, fasc. 126-12 et JCl. Collectivités territoriales fasc. 575*).

114. - Services publics communaux rendus obligatoires par la loi

Le Code général des collectivités territoriales contient des dispositions spéciales habilitant la commune à créer des services publics. On déduit du caractère impératif de certaines d'entre elles l'existence de services publics communaux rendus obligatoires par la loi (*V. JCl. Collectivités territoriales, fasc. 575*). Ainsi, il s'agit en particulier des :

- services d'administration générale : état civil (*CGCT, art. L. 2122-32*), archives communales (*C. patr., art. L. 212-11 et s.*) ;
- services techniques : distribution d'eau potable (*CGCT, art. L. 2224-7-1*), assainissement (*CGCT, art. L. 2224-8*), élimination des déchets des ménages et autres déchets (*CGCT, art. L. 2224-13*), gestion et entretien des voies communales (*CGCT, art. L. 2321-2, 20°*), instruction et délivrance des permis de construire dans les communes où un plan local d'urbanisme a été approuvé (*C. urb., art. L. 421-2-1*) ;
- services sociaux : désinfection, d'hygiène et de santé (*CGCT, art. L. 2321-2, 12°*) ;
- services funéraires : pompes funèbres (*CGCT, art. L. 2223-19*), gestion et entretien des cimetières (*CGCT, art. L. 2213-8 et s., L. 2223-1 et L. 2223-3*) ;
- services de sécurité : police municipale (*CGCT, art. L. 2212-1 et s.*), lutte contre l'incendie si celui-ci n'est pas organisé au niveau intercommunal ou départemental (*CGCT, art. L. 2321-2, 7°*).

En outre, la commune est désignée comme chef de file pour fixer les modalités de l'action commune des collectivités territoriales et de leurs établissements publics pour l'exercice des

compétences relatives à l'organisation des services publics de proximité (*CGCT*, art. L. 1111-9).

115. - Services publics départementaux rendus obligatoires par la loi

On déduit de compétences obligatoires assignées par la loi au département l'existence de services publics obligatoires (*V. JCl. Collectivités territoriales, fasc. 575*). Il s'agit en particulier de compétences en matière :

- d'action sociale : l'article L. 121-1 du Code de la famille et de l'aide sociale dispose que « le département définit et met en œuvre la politique d'action sociale ». Il revient donc au conseil départemental, par exemple, de créer les services publics relatifs à la protection sanitaire de l'enfance et de la famille (*CSP*, art. L. 1423-1) ou à la protection maternelle et infantile (*CSP*, art. L. 2112-1), à la délivrance de l'ensemble des prestations d'aide sociale en matière notamment d'aide sociale à l'enfance (*CASF*, art. L. 131-2), aide aux handicapés (notamment, *CASF*, art. L. 245-2), revenu de solidarité active (*CASF*, art. L. 262-2 et s.) ;
- de transports : routiers non urbains, à l'exclusion des liaisons d'intérêt régional ou national, pour lesquels le département est Autorité organisatrice de transport (*C. transp.*, art. L. 3111-1) et scolaires (*C. transp.*, art. L. 3111-7) ;
- d'éducation : construction et fonctionnement des collèges (*C. éduc.*, art. L. 213-1 et s. – *CGCT*, art. L. 3321-1, 7°) ;
- de programmes d'aide à l'équipement rural (*CGCT*, art. L. 3232-1)
- de sécurité : lutte contre l'incendie (*CGCT*, art. L. 1424-1 et s.) ;
- de voirie départementale (*CGCT*, art. L. 3321-1, 16°).

En outre, le département exerce des compétences facultatives qui peuvent nécessiter la création de services publics, par exemple concernant des musées départementaux (*C. patr.*, art. L. 410-4) ou des établissements d'enseignement de musique, de danse et d'art dramatique (*C. éduc.*, art. L. 216-2).

116. - Services publics régionaux rendus obligatoires par la loi

Les textes n'attribuent généralement pas directement des compétences à la région pour créer un service public. En revanche, elle est investie de compétences obligatoires qui peuvent nécessiter la création de services publics (*V. JCl. Collectivités territoriales, fasc. 575*). Ces compétences sont liées en particulier :

- au développement économique et social (*CGCT*, art. L. 1511-1 et L. 4211-1) ;
- à la planification (*CGCT*, art. L. 4221-3) ;
- à la formation professionnelle et l'apprentissage (*C. éduc.*, art. L. 214-12) ;
- à la création et au fonctionnement des lycées et des établissements d'éducation spécialisée (*C. éduc.*, art. L. 214-1 et s.) ;
- à l'organisation des services réguliers non urbains d'intérêt régional (*C. transports*, art. L. 3111-2) ;
- à l'inventaire général du patrimoine culturel (*L. n° 2004-809, 13 août 2004 : JO 17 août 2004, p. 14545*).

B. - Organisation et fonctionnement

117. - Règles fondamentales et règles complémentaires

L'organisation et le fonctionnement des services publics ont généré, en fait et en droit, des règles que la doctrine s'est efforcée de synthétiser. En particulier, le professeur Louis Rolland a dégagé des règles fondamentales qui s'imposent à tout service public et qualifiées de « lois du service public » (*Cours de DES : Paris, 1934.* – V. aussi *L. Bezie, Louis Rolland : théoricien oublié du service public : RDP 2006, p. 847.* – V. *Donier, Les lois du service public : entre tradition et modernité : RFDA 2007, p. 1219*). Parallèlement, il existe un ensemble de règles complémentaires qui, sans concerner tous les services publics, constituent néanmoins la caractéristique du régime juridique de nombreux services publics (*D. Truchet, Unité et diversité des grands principes du service public : AJDA 1997, n° spécial, p. 38.* – *G.-J. Guglielmi, Exit les lois de Rolland, La nouvelle ère des principes de fonctionnement garantis. Mél. G. Marcou : IRJS 2018, p. 817*).

1° Règles fondamentales

a) Continuité

118. - Affirmation du principe

Une des lois de Rolland les mieux établies est le principe de continuité du service public. Celui-ci serait en effet selon l'expression du commissaire du gouvernement Tardieu « de l'essence même du service » (*concl. sur CE, 7 août 1909, Winkell : S. 1909, 3, p. 145*). À cet égard, le principe de continuité repose sur l'idée que le service assure des besoins impérieux pour la population. Il est donc nécessaire d'éviter que le service fonctionne par à-coups ou soit interrompu.

La continuité du service public constitue pour le Conseil constitutionnel un principe de valeur constitutionnelle (*Cons. const., 25 juill. 1979, n° 79-105 DC ; RDP 1979, p. 1705, note Favoreu*). Malgré les difficultés formelles de rattachement de ce principe à un texte précis, son caractère constitutionnel se déduit sans doute du principe plus général de continuité de l'État ou de la vie nationale. À ce titre, le commissaire du gouvernement Gazier avait souligné que nier la continuité du service public reviendrait à consacrer la notion « d'État à éclipses » (*concl. sur CE, ass., 7 juill. 1950, Dehaene : Lebon, p. 426 ; RDP 1950, p. 691, note Waline*). Pour le Conseil d'État, la continuité a longtemps été un principe général du droit (*CE, sect., 30 mars 1979, secr. d'État universités : Lebon, p. 141*) avant d'être qualifiée de « principe fondamental » (*CE, 13 juin 1980, Bonjean : Lebon, p. 274 ; D. 1981, jurispr. p. 941, note Toulemonde*). Enfin, la continuité est une obligation de service public reconnue par le droit de l'Union européenne (*CJCE, 13 mai 1993, P. Corbeau, préc. n° 86.* – *G.-J. Guglielmi, La continuité du service public, un principe de fonctionnement ou une essence première ?, in G. Koubi, G. Le Floch, G.-J. Guglielmi [dir.], La notion de continuité, des faits au droit : L'Harmattan, 2011, p. 267*).

119. - Conséquences juridiques

Le principe de continuité inspire, plus ou moins directement, de nombreuses règles ou théories classiques du droit administratif qu'il est impossible de développer ici.

Ce sont, le privilège du préalable, l'obligation pour l'Administration d'assurer l'exécution des lois et des règlements, les règles de suppléance ou de délégation, le pouvoir réglementaire reconnu au chef de service, l'inaliénabilité, l'imprescriptibilité et l'insaisissabilité des biens du domaine public, les théories des circonstances exceptionnelles, du fait du prince, des fonctionnaires de fait, la réquisition ou encore le recours à des collaborateurs occasionnels ou bénévoles.

De manière plus novatrice, le principe de continuité a joué comme un principe protecteur d'intérêts nationaux lors de la transformation d'établissement publics industriels et commerciaux en sociétés. Ainsi, le Conseil constitutionnel n'a validé ces mutations statutaires que sous réserve que l'État puisse s'opposer à la cession de leurs biens si ceux-ci sont nécessaires à la continuité du service public (pour France Télécom, *Cons. const.*, 23 juill. 1996, n° 96-380 DC, *préc.* n° 108. – pour Aéroports de Paris, *Cons. const.*, 14 avr. 2005, n° 2005-513 DC : JO 21 avr. 2005, p. 6974). De même, s'agissant du secteur de l'énergie, le texte de loi a été validé dans la mesure où l'État détient au sein du capital de GDF une action spécifique à laquelle sont assortis des droits spéciaux comme de s'opposer à la cession d'actifs qui serait de nature à porter atteinte aux « intérêts essentiels de la France », et notamment à « la continuité et la sécurité d'approvisionnement en énergie » (*Cons. const.*, 30 nov. 2006, n° 2006-543 DC, *préc.* n° 109).

120. - Conséquences pour l'usager du service

Le refus de fournir les prestations prévues par les règles du service peut être déféré au juge de l'excès de pouvoir pour illégalité (*CE, ass.*, 1er avr. 1949, *Chaveneau : Lebon*, p. 161 ; *D.* 1949, *jurispr.* p. 541, *concl. Gazier, note Rolland*). Ce refus peut même entraîner la responsabilité du gestionnaire du service si l'attitude du responsable du service révèle une carence systématique (*CE*, 6 nov. 1985, *min. Transports c/ Cie TAT : Lebon*, p. 312 ; *AJDA* 1986, p. 84, *chron. Hubac, Azibert*). Cependant, le juge administratif n'est pas compétent si le refus résulte d'une décision individuelle prise à l'égard de l'usager d'un service public industriel et commercial.

La continuité consiste dans l'obligation de fournir les prestations prévues par les règles du service. Ainsi, ce principe n'est pas satisfait si les élèves ne bénéficient pas des enseignements prévus dans le programme (*CE*, 27 janv. 1988, *Giraud : Lebon*, p. 40 ; *AJDA* 1988, p. 352, *note Moreau*). Dans l'hypothèse où aucun texte ne définit les éléments de la prestation de service, le juge administratif vérifie au cas par cas que l'usager puisse normalement y accéder (*CE*, 25 juin 1969, *Vincent : Lebon*, p. 334 ; *AJDA* 1969, p. 55, *chron. Dewost et Denoix de Saint-Marc*). Toutefois, la continuité ne signifie pas nécessairement la permanence. Le degré de continuité requis dépendra ici de l'objet du service et de son caractère plus ou moins important pour la vie sociale.

121. - Conséquences pour les cocontractants des personnes publiques

Le délégataire de service public doit assurer la mission qui lui a été confiée de façon régulière, sauf cas de force majeure ou fait de l'Administration rendant impossible l'exécution du service. De même, la continuité du service public fonde la théorie de l'imprévision (*CE*, 30 mars 1916, *Cie générale d'éclairage de Bordeaux : Lebon*, p. 216, *concl. Blum*). En vertu de cette théorie, si des événements imprévus bouleversent l'équilibre économique du contrat au point que le cocontractant ne puisse assurer le service sans aller à la ruine, la personne publique délégante est tenue d'allouer des fonds compensatoires propres à permettre d'assurer la continuité du service public. Une partie du déficit, correspondant à l'aléa normal de l'exécution du contrat, peut toutefois être laissée à la charge du délégataire.

Le principe de continuité voit son champ et sa portée limités par le contrat. En ce sens, un tel principe ne s'impose au concessionnaire que « dans les limites de l'objet du contrat et selon les modalités définies par ses stipulations » et donc en l'occurrence qu'à l'égard des seuls usagers-abonnés (*CE*, 3 mars 2017, n° 398001, *Cne Clichy-sous-Bois*).

122. - Conséquences pour les agents du service en cas de grève

Les agents des services publics voient en cas de grève leur situation dépendre des exigences du principe de continuité. Après s'être opposé à ce que les agents fassent grève (*CE*, 7 août 1909, *Winkell*), le Conseil d'État reconnaît désormais, sur le fondement de l'alinéa 7 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, aux agents des services publics le droit de grève (*CE*, 7 juill.

1950, *Dehaene*). L'exercice de ce droit peut toutefois faire l'objet de limitations au motif d'éviter « un usage abusif ou contraire aux nécessités de l'ordre public ».

De même, le Conseil constitutionnel reprend, sur le fond, un raisonnement identique en réaffirmant « la conciliation nécessaire entre la défense des intérêts professionnels et la sauvegarde de l'intérêt général auquel la grève est de nature à porter atteinte » (*Cons. const.*, 25 juill. 1979).

Ces jurisprudences autorisent donc le législateur ou l'autorité administrative à apporter des restrictions au droit de grève en vue de satisfaire au principe à valeur également constitutionnelle de continuité du service public. Cependant, l'appréciation d'un usage abusif de la grève ou d'une juste conciliation entre droit de grève et continuité du service public par le juge constitutionnel ou administratif est en fait subjective et donc délicate à formuler a priori (sur cette question, *F. Crouzatier-Durand, N. Kada [dir.], Grève et droit public : Presses Université Toulouse 1 Capitole, 2017.* - *M. Courrèges, Le principe de continuité du service public confronté au droit de grève : éd. A. Rideau, 2015.* - *V. également JCl. Administratif, fasc. 182-4*).

123. - Interdiction de la grève

La grève est interdite pour certains corps de fonctionnaires comme :

- les policiers (*CSI, art. L. 411-4*) ;
- les agents des services extérieurs de l'administration pénitentiaire (*Ord. n° 58-696, 6 août 1958, art. 3 : JO 7 août 1958, p. 7423*) ;
- les magistrats (*Ord. n° 58-1136, 22 déc. 1958, art. 10, al. 3*) ;
- les agents des Systèmes d'information et de communication (SIC) (anciens agents des transmissions du ministère de l'Intérieur. – *L. n° 68-695, 31 juill. 1968, art. 14 : JO 2 août 1968, p. 7515*) ;
- les militaires (*C. défense, art. L. 4121-4*) ;
- les agents chargés du contrôle et de la protection des matières nucléaires (*C. défense, art. L. 1333-1 à L. 1333-14*).

La sanction peut aller jusqu'à la révocation (*CE, 10 mars 1972, min. Int. c/ Santamaria : Lebon, p. 207*). La grève peut même être interdite à l'avance par voie d'arrêté ou circulaire aux agents dont la présence est strictement indispensable au fonctionnement continu du service (*CE, sect., 16 déc. 1966, Synd. nat. fonctionnaires et agents de préfecture CGT FO : Lebon, p. 662 ; RDP 1967, p. 555, note Waline*). De plus, sont interdits certains types de grèves comme les grèves « tournantes » (*C. trav., art. L. 2512-3*). Toutefois, pour la Cour de cassation, aucune disposition légale n'interdit à plusieurs organisations syndicales représentatives de présenter chacune un préavis de grève et donc de prévoir une date de cessation de travail différente (*Cass. soc., 4 févr. 2004, n° 01-15.709, SSE-CFDT Connex-Bordeaux : JurisData n° 2004-022130*). Sont également interdites les grèves « politiques » (*CE, 18 févr. 1955, Bernot : Lebon, p. 97*) même s'il peut être difficile en pratique de les distinguer d'une grève professionnelle.

124. - Aménagement du droit de grève par les textes

Une législation d'ensemble sur l'aménagement du droit de grève fait pour l'heure défaut. Cependant, des dispositions particulières du Code du travail sont applicables aux personnels de l'État, des régions, des départements et des communes comptant plus de 10 000 habitants ainsi qu'aux personnels des entreprises, des organismes et des établissements publics ou privés lorsque ces entreprises, organismes et établissements sont chargés de la gestion d'un service

Commenté [SV(8)]: Attention, ce fascicule n'existe pas !

Commenté [PE9R8]: Supprimer la mention de ce fascicule

Commenté [SV(10)]: Merci de vérifier la source, SVP

Commenté [PE11R10]: Ord. n° 58-1270, 22 déc. 1958

public (*C. trav.*, art. L. 2512-1). La Cour de cassation a précisé que ces dispositions ne s'appliquent, au sein d'une entreprise privée gérant un service public, qu'au seul personnel affecté à cette activité de service public (*Cass. soc.*, 8 oct. 2014, n° 13-13.792, FS-P+B, SA nationale maritime Corse Méditerranée c/ Synd. CGT des marins de Marseille : *JurisData* n° 2014-023169).

Ces dispositions ont pour objet d'imposer une obligation de déposer un préavis adressé, à l'autorité hiérarchique, cinq jours francs avant le déclenchement de la grève par une organisation syndicale représentative au plan national, dans la catégorie professionnelle ou dans l'entreprise, l'organisme ou le service intéressé. Ce préavis doit indiquer le lieu, la date et l'heure du début de la grève et sa durée (*C. trav.*, art. L. 2512-2).

En fait, les lois existantes sont sectorielles. Elles ont organisé un « service minimum » pour un certain nombre de services publics dont la liste est certes limitée mais en extension. Il s'agit des établissements de santé assurant le service public hospitalier (*CSP*, art. L. 6112-2), des services de contrôle de la navigation aérienne (*L.* n° 84-1286, 31 déc. 1984, art. 2 : *JO* 1^{er} janv. 1985, p. 1), des services de la radio et la télévision publiques pour lesquels un régime de service minimum a été historiquement instauré lorsque ceux-ci étaient en position de monopole mais dont le caractère essentiel n'est aujourd'hui, compte tenu des évolutions juridiques et technologiques, plus évident (*L.* n° 86-1067, 30 sept. 1986, art. 57), des services de transports terrestres de voyageurs (*C. transp.*, art. L. 1222-1 et s.), du service d'accueil à la charge des communes des enfants dans les écoles maternelles et élémentaires (*C. éduc.*, art. L. 133-2) et des services de transport aérien de passagers (*C. transp.*, art. L. 1114-3).

La terminologie de « service minimum » peut toutefois dans certains cas être discutée en ce sens que, d'une part, les services concernés ne sont pas nécessairement publics (cas des entreprises de transports terrestres et aériens) et, d'autre part, le service mis en place en cas de grève n'est pas exactement « minimum » mais « prévisible » (dans le secteur des transports terrestres de voyageurs, doit être élaboré un plan de prévisibilité du service applicable en cas de perturbation notamment pour cause de grève ; dans le service des transports aériens, le service minimum se limite à l'information des passagers. - P. Esplugas-Labatut, *Le service public minimum : où en est-on ?* in F. Crouzatier-Durand, N. Kada [dir.], *Grève et droit public* : Presses Université Toulouse 1 Capitole, 2017, p. 173).

125. - Compétence pour organiser le service en cas de grève

« En l'absence de la complète législation ainsi annoncée par la Constitution », ainsi que prend soin désormais de le préciser le Conseil d'État (*CE*, ass., 12 avr. 2013, n° 329570, *Féd. FO Énergie et Mines* : *JurisData* n° 2013-006760), s'applique la jurisprudence précitée Dehaene selon laquelle il appartient au « titulaire du pouvoir réglementaire » ou au « chef de service », considéré comme le mieux placé techniquement pour apprécier les exigences de la continuité du service, d'assurer la conciliation entre ce dernier principe et le droit de grève et de prendre les mesures proportionnées propres à assurer cette conciliation.

Cette compétence réglementaire ainsi reconnue est d'autant plus remarquable que le Conseil constitutionnel a évoqué sans ambiguïté la compétence du législateur pour tracer des limites au droit de grève, conformément d'ailleurs à la lettre du 7^e alinéa du Préambule de la Constitution de 1946 (*Cons. const.*, 25 juill. 1979, *préc.* n° 122). La jurisprudence du Conseil d'État n'est toutefois pas directement contraire à celle de son voisin du Palais-Royal puisque le juge administratif précise que ce n'est qu'« en l'absence de lois » que le chef de service est à même d'aménager le droit de grève. Afin toutefois de lever une ambiguïté, le Conseil d'État a jugé bon d'affiner sa jurisprudence et de reconnaître plus largement à « l'autorité administrative responsable du bon fonctionnement d'un service public » la compétence pour aménager l'exercice du droit de grève (*CE*, ass., 12 avr. 2013, *Féd. FO Énergie et Mines*, *préc.*).

126. - Contrôle du juge sur l'aménagement du droit de grève

En l'absence de textes, il appartient au juge dans chaque cas de contrôler la nature et l'étendue des limitations apportées par l'autorité administrative au droit de grève « en vue d'en éviter un usage abusif, ou bien contraire aux nécessités de l'ordre public ou aux besoins essentiels du pays » (CE, ass., 12 avr. 2013, *Féd. FO Energie et Mines*, préc. n° 125). L'appréciation d'une juste limitation est en fait subjective et donc délicate à formuler *a priori*. Ainsi, par exemple, la jurisprudence a pu admettre l'existence d'un service minimum sous réserve d'être défini avec précision ou de ne pas masquer un service normal (CE, ass., 4 févr. 1966, *Synd. nat. fonctionnaires groupement contrôles radio-électriques* : JCP G 1966, II, 14802, note *Debbasch*), la possibilité pour l'autorité administrative d'interdire, afin d'assurer un service minimum, l'occupation des locaux (CE, sect., 11 févr. 1966, *Legrand* : *Lebon*, p. 110) ou la faculté pour le Gouvernement de procéder à la réquisition de personnels indispensables en cas d'atteinte grave à la continuité du service public (CE, sect., 26 oct. 1967, *Le Moult* : *Lebon*, p. 580. – J.-B. Auby, *Le recours de l'Administration au juge des référés en cas de grève* : *Dr. adm.* 1991, repère 1. – J.-F. Lachaume, *Compétence juridictionnelle et réglementation du droit de grève dans les services publics industriels et commerciaux* : *CJEG* 1993, p. 481. – M. Lombard, *Service minimum en cas de grève dans les entreprises publiques : quel recours pour les usagers ?* Note ss CE, 1er déc. 2004, *Onesto* : *Dr. adm.* 2005, comm. 19).

127. - Recours à des entreprises de travail temporaire

La jurisprudence administrative s'oppose, sauf cas de circonstances exceptionnelles, à l'utilisation par des personnes publiques gérant un service public administratif d'entreprises de travail temporaire pour remplacer des agents publics grévistes dans la mesure où les salariés de ces entreprises ne sont pas des agents publics (CE, ass., 18 janv. 1980, *Synd. CFDT P et T Haut-Rhin* : *Lebon*, p. 31 ; JCP G 1980, II, 19450, note *Zoller*). *A contrario*, dans le cas d'un service public administratif géré par une personne privée ou d'un service public industriel et commercial, le recours à des entreprises de travail temporaire demeure possible compte tenu de la situation de droit privé de leurs agents.

128. - Retenue financière

La jurisprudence constitutionnelle s'oppose à l'existence de pénalités financières faisant suite à une grève. Cette interdiction ne fait toutefois pas obstacle à ce que des textes de comptabilité publique, en l'absence de service fait, imposent, pour des services publics administratifs de l'État, la règle du 30e indivisible, c'est-à-dire une retenue d'1/30e du salaire même si la grève est inférieure à un jour (L. n° 87-588, 30 juill. 1987 : JO 31 juill. 1987, p. 8574, validé par *Cons. const.*, 28 juill. 1987, n° 87-230 DC : JO 29 juill. 1987, p. 8508 et complété dans un sens strict par *Circ.* 30 juill. 2003 du directeur général de l'Administration et de la fonction publique et applicable aux agents publics de l'État). Pour les autres agents, la retenue est en principe strictement proportionnelle au temps de grève (L. n° 82-889, 19 oct. 1982 : JO 20 oct. 1982, p. 3163. – F. Melleray, *Les retenues pécuniaires pour fait de grève dans les services publics* : *AJDA* 2003, p. 1648).

b) Égalité

129. - Affirmation du principe

L'égalité devant le service public est apparue comme une projection du principe plus général, tiré de la Déclaration des droits de l'homme, de l'égalité devant la loi (CE, 29 déc. 1911, *Chomel* : *Lebon*, p. 1265 ; S. 1914, 3, p. 102). Le Conseil d'État utilise plus précisément la terminologie de « principe d'égalité qui régit le fonctionnement des services publics » comme principe général du droit (CE, sect., 9 mars 1951, *Sté concerts du conservatoire* : *Dr. soc.* 1951, p. 368, concl. *Letourneur*, note *Rivero*). Après avoir été longtemps prudent, le Conseil

constitutionnel reconnaît désormais expressément l'égalité devant le service public comme un principe à valeur constitutionnelle (*Cons. const.*, 27 juin 2001, n° 2001-446 DC, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception* : JO 7 juill. 2001, p. 10828). Elle constitue un principe directeur de l'administration qui « se conforme au principe d'égalité et garantit à chacun un traitement impartial » (*CRPA*, art. L. 100-2).

130. - Égalité formelle

La conception classique de l'égalité devant le service public est, en principe, en droit français celle d'une égalité formelle, c'est-à-dire que tous les individus placés dans une même situation doivent être traités de manière identique. Cette conception exclut les préférences mais non les différences ; elle oblige seulement à fonder ces différences sur des critères rationnels et objectifs.

131. - Égalité matérielle

On constate actuellement une tendance destinée à introduire des ruptures dans l'égalité des droits afin de parvenir à une égalité matérielle (*D. Truchet, La dualité égalité et équité dans le service public in Égalité et équité. Antagonismes ou complémentarité : Economica, 1999, p. 83*). En estimant que les services publics devaient favoriser « l'égalité des chances », le Conseil d'État accepte aujourd'hui cette tendance (*Conseil d'État, Sur le principe d'égalité : EDCE, 1997, n° 48, p. 83. – G. Koubi, G. Guglielmi, L'égalité des chances : La Découverte, 2000*). Le service public est en effet un instrument moderne destiné à favoriser cette égalité plus concrète (cas des ZEP ou présence de services publics dans le cadre de la politique d'aménagement du territoire).

Il ressort de la jurisprudence constitutionnelle que ce type de discriminations qualifiées parfois de « positives » est admissible (*Cons. const.*, 26 janv. 1995, n° 94-358 DC : JO 1^{er} févr. 1995, p. 1706) mais rencontre des limites (*Y. Jégouzo, Émergence et limites d'un droit à la discrimination positive : AJDA 2003, p. 2281. – M. Borgetto, L'accès au service public, in Le service public. Colloque de l'AFDA : Dalloz, 2014, p. 143*). Elles peuvent en effet être instituées sur des bases sociales et territoriales mais ne doivent pas reposer sur une distinction expressément prohibée par la Constitution, en fonction de l'origine, la race ou de la religion (*Const.*, art. 1^{er} C), ou mettre en cause un droit fondamental. Elles doivent en outre reposer sur des critères objectifs et précis (à propos des procédures dérogatoires de recrutement des étudiants à l'IEP de Paris, *Cons. const.*, 11 juill. 2001, n° 2001-450 DC : JO 18 juill. 2001, p. 11506. – CAA Paris, 6 nov. 2003, n° 02PA02821, *Union nationale inter-universitaire*)

Par ailleurs, le principe « d'égal accès des femmes et des hommes [...] aux responsabilités professionnelles et sociales » (*Const. 1958, art. 1er*) permet de considérer comme conforme à la Constitution toute loi qui instaurerait des discriminations positives en faveur des femmes notamment en tant qu'agents du service public. À ce titre, il est imposé une proportion minimale de 40 % de personnes de chaque sexe au sein d'un ensemble d'organismes liés au fonctionnement du service public (conseils d'administration et conseils de surveillance des entreprises publiques et établissements publics nationaux, Conseil commun de la fonction publique, Conseils supérieurs des fonctions publiques de l'État, territoriale et hospitalière, commissions administratives paritaires, jurys et comités de sélection de recrutement ou de promotion de fonctionnaires, emplois de direction de l'État, des régions, des départements, des communes et des établissements publics de coopération intercommunale de plus de 80 000 habitants et de la fonction publique hospitalière. – *L. n° 2012-347, 12 mars 2012, art. 52 et s. : JO 13 mars 2012, p. 4498. – O. Bui-Xuan, L'égalité professionnelle entre hommes et femmes dans la fonction publique. Une révolution manquée ? : AJDA 2012, p. 1100*).

132. - Absence de droit à la différence

Si deux catégories d'usagers sont dans des situations objectivement différentes vis-à-vis du service public, le législateur ou l'Administration ne sont pas tenus de leur appliquer des traitements différents et peuvent donc les traiter de la même manière (*Cons. const.*, 12 juill. 1979, n° 79-107 DC : JO 13 juill. 1979. – CE, ass., 28 mars 1997, n° 179049, *Sté Baxter* : *JurisData* n° 1997-050046 ; RFDA 1997, p. 450, concl. Bonichot, note Mélin-Soucramanien).

133. - Champ d'application

Le principe d'égalité est susceptible de s'appliquer à tous les interlocuteurs du service, qu'il soit administratif ou industriel et commercial (*L. Janicot, Le principe d'égalité devant le service public* : RFDA 2013, p. 722). Ainsi, à l'égard des agents, ce principe postule notamment l'égalité admissibilité aux emplois publics, c'est-à-dire sans autre discrimination que les compétences du candidat (pour un exemple de discrimination en raison des opinions politiques, CE, ass., 28 mai 1954, *Barel* : *Lebon*, p. 308). Il implique également une égalité de traitement des fonctionnaires membres d'un même corps (CE, ass., 5 mars 1999, n° 132023, *Conféd. nat. groupes autonomes enseignement public* : *JurisData* n° 1999-050171 ; RFDA 1999, p. 678). Elle s'oppose en particulier à ce que ceux-ci connaissent dans leur carrière des discriminations statutaires qui résulteraient par exemple de leurs conditions d'entrée dans le corps (concours interne ou externe) ou de leur lieu d'affectation.

L'égalité devant le service public joue tout particulièrement à l'égard des cocontractants de l'Administration en vue de l'attribution de tout contrat de commande publique (*CCP, art. L. 3*). Ce principe est alors notamment source d'obligations de publicité et de mise en concurrence.

L'égalité emporte enfin ses conséquences les plus importantes quant à la situation des usagers du service. La jurisprudence est sur ce point assez subtile et il peut être parfois vain de déceler une unité. La jurisprudence du Conseil d'État comme du Conseil constitutionnel admet en effet des motifs dérogoires au principe d'égalité qui sont susceptibles d'appréciations diverses.

134. - Motifs dérogoires au principe d'égalité

L'arrêt du Conseil d'État *Denoyez et Chorques* s'est efforcé de synthétiser la position du juge administratif au regard des discriminations acceptables : « La fixation de tarifs différents applicables, pour un même service rendu à différentes catégories d'usagers d'un service ou d'un ouvrage public implique, à moins qu'elle ne soit la conséquence nécessaire d'une loi, soit qu'il existe entre les usagers des différences de situation appréciables, soit qu'une nécessité d'intérêt général en rapport avec les conditions d'exploitation du service ou de l'ouvrage commande cette mesure » (CE, sect., 10 mai 1974, *Denoyez et Chorques* : *Lebon*, p. 274 ; *Rev. adm.* 1974, p. 440, note *Moderne* ; RDP 1975, p. 467, note *Waline*). En conséquence, trois éléments non cumulatifs, étudiés ci-dessous, doivent être pris en considération dans l'appréciation des discriminations valables (*Conseil d'État, Sur le principe d'égalité, cité n° 135*. – P. *Blacher, Le contrôle par le juge administratif de la tarification des services publics* : RF fin. publ. 2000, p. 175).

135. - Discrimination comme conséquence d'une loi

Si une discrimination créée par l'autorité administrative est la conséquence nécessaire d'une loi, le juge ne saurait sanctionner cette autorité sous peine de procéder à un contrôle de constitutionnalité de la loi (CE, 22 juill. 1992, *Union syndicale propriété immobilière* : *Lebon*, p. 703). Il importe peu que cette loi ait abouti à traiter de façon différente des usagers se trouvant dans une même situation. L'existence d'une telle loi est concevable dans la mesure où elle a pu échapper, spécialement avant l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, à un contrôle de constitutionnalité.

136. - Différence de situation

La discrimination peut être fondée sur une différence de situation appréciable, en rapport avec l'objet du service. L'appréciation de la réalité de telles situations particulières est effectuée par le juge au cas par cas. Ainsi, par exemple, le bénéfice de prestations sociales peut être fondé sur les ressources des usagers mais non sur leur nationalité (*CE, 30 juin 1989, Ville Paris c/ Lévy : Dr. soc. 1989, p. 767, obs. Prétot*) ou leur âge (*CE, 26 mars 1965, Lefranc : Lebon, p. 199*) ; une discrimination tarifaire entre les insulaires et les continentaux, usagers du pont de l'île de Ré, est possible, mais non celle entre les résidents de la Charente-Maritime et les autres continentaux (*CE, 10 mai 1974, Denoyez et Chorques*). De même, ont été censurées les discriminations tarifaires concernant les redevances téléphoniques entre les communications à partir d'une agence postale et celles établies à partir d'un autre poste public (*CE, 19 déc. 1979, Meyet : Lebon, p. 475*), celles quant au tarif de l'électricité entre les habitants des communes situées à proximité des chantiers de construction des centrales nucléaires et les autres (*CE, ass., 1er févr. 1985, Union consommateurs Paris : Lebon, p. 21 ; AJDA 1985, p. 212, concl. Stirn*), celles entre les usagers de parcs de stationnement résidents ou non de la commune (*CE, 12 juill. 1995, n° 147947, Cne Maintenon : JurisData n° 1995-044270 ; Lebon, p. 305*), celles entre les usagers nationaux et non nationaux de musées et monuments publics (*CJCE, 16 janv. 2003, aff. C-388/01, Comm. c/ Rép. italienne : Dr. adm. 2003, comm. 56, note Bardon*).

En revanche, le principe d'égalité ne fait pas obstacle, par exemple, à ce que des tarifs différents soient appliqués, compte tenu notamment de la vitesse et « des conditions de confort avantageuses » proposées aux voyageurs, à des liaisons ferroviaires différentes (*CE, 10 oct. 2014, n° 368206, Région Nord-Pas-de-Calais : JurisData n° 2014-023187*). Cette position vaut encore, ce qui est plus discutable, sur une liaison déterminée « lorsque celle-ci présente pour les usagers des avantages particuliers de rapidité et de confort ou est soumise à une forte concurrence de la part d'un autre mode de transport ou d'un autre exploitant ferroviaire » (*ibid.*).

137. - Discrimination motivée par un intérêt général

La position arrêtée par le Conseil d'État dans son rapport sur « L'intérêt général » est que ce dernier, s'il est en rapport avec l'objet du service, constitue un motif permettant de justifier une discrimination (*Conseil d'État, L'intérêt général : EDCE, n° 50, 1999, p. 300*). Cependant, la doctrine dominante considère que l'intérêt général ne peut que justifier la création d'une catégorie d'usagers qui, à son tour, autorisera une discrimination. L'intérêt général ne serait donc qu'indirectement un motif dérogatoire au principe d'égalité. Ce motif joue tout particulièrement lorsque les différences de situation ne sont pas appréciables. Ainsi, par exemple, des entreprises pratiquant des activités dans le sens de la politique industrielle souhaitée par les pouvoirs publics constituent une catégorie en mesure de bénéficier d'une aide financière (*CE, sect., 10 févr. 1967, Sté Éts Petitjean : Lebon, p. 63*).

138. - Modulations tarifaires pratiquées par des services publics administratifs locaux facultatifs

Des modulations tarifaires pratiquées par les services publics administratifs à caractère facultatif sont autorisées par la loi en fonction des « revenus des usagers et du nombre de personnes vivant au foyer » sous réserve que les droits les plus élevés ne soient pas « supérieurs au coût par usager de la prestation concernée » (encore qu'il ne soit pas sûr que ce coût puisse être toujours connu. - *L. n° 98-657, 29 juill. 1998, relative à la lutte contre les exclusions, art. 147 : JO 31 juill. 1998, p. 11679*). Cette solution avait été ouverte préalablement par la jurisprudence administrative (*CE, 20 janv. 1989, Centre cnal action sociale La Rochelle : Lebon, p. 9*).

Le juge administratif admet également à l'égard de services publics administratifs librement créés par des collectivités territoriales, notamment les communes, et de type social (cantines scolaires, crèches) ou éducatif (bibliothèques, musées, écoles de musique) des modulations tarifaires en faveur d'usagers habitant sur le territoire de la collectivité (*CE, sect., 5 oct. 1984, Comm. Rép. Ariège : Lebon, p. 315*). Les tarifs particuliers dont bénéficient ces usagers se justifiaient par le fait que ces services publics sont financés en partie par le budget local et donc par les contribuables locaux (*G. Gonzalez, Le service public local : à quels prix ? : LPA 5 déc. 1997, p. 13. – M. Long, Principe d'égalité et tarification des services publics locaux : LPA 15 mai 1995, p. 4*). De telles modulations tarifaires sont même admises plus largement si les usagers ont un lien de rattachement suffisant avec cette collectivité. Ce lien est estimé satisfait par l'exercice d'une activité professionnelle ou par la scolarisation d'un enfant sur le territoire de cette collectivité (*CE, sect., 13 mai 1994, n° 116549, Cne Dreux : JurisData n° 1994-042597*). Il n'est toutefois pas sûr que la jurisprudence administrative soit sur ce point en harmonie avec celle européenne qui considère que les avantages tarifaires accordés par des collectivités territoriales, par exemple pour l'accès aux musées, monuments et jardins, constituent indirectement une discrimination fondée sur la nationalité (*CJCE, 16 janv. 2003, aff. C-388/01, Comm. c/ Rép. italienne*).

139. - Neutralité en dehors de la matière religieuse

La neutralité est un principe général d'action de l'administration (*CRPA, art. L. 100-2*). Appliquée au service public, elle peut, tout d'abord, être conçue comme le « corollaire de l'égalité » ainsi que l'affirme le Conseil constitutionnel (*Cons. const., 18 sept. 1986, n° 86-217 DC, Liberté de communication audiovisuelle : JO 19 sept. 1986, p. 11294*). On est alors en présence d'une neutralité dite « abstention » qui interdit que le service public soit assuré de manière différente selon les convictions du personnel ou des usagers (*G. Koubi, le principe de neutralité des services publics, un principe corollaire de la modernisation de l'État : Rev. adm. 1993, p. 9*). Cette conception de la neutralité concerne tout spécialement les agents qui ne doivent pas avantager ou pénaliser, pour des raisons politiques, religieuses, philosophiques, raciales ou ethniques (*Const., 4 oct. 1958, art. 1er. – L. n° 72-546, 1er juill. 1972 : JO 2 juill. 1972, p. 6803*) ou matérielles (*C. pén., art. 432-10 à 432-16*), tel ou tel usager (*CE, 3 mai 1950, Jamet : Lebon, p. 247*) ou cocontractant (*CE, 9 juill. 1948, Bourgade : Lebon, p. 314*). Ce principe a également pour conséquence que les locaux du service doivent être des espaces neutres. À cet égard, le Conseil d'État a refusé que des réunions politiques soient tenues dans un lycée (*CE, 8 nov. 1985, min. Éduc. nat. c/ Rudent : RDP 1986, p. 244, note Llorens*). Cependant, l'association SOS Racisme n'a pas été considérée comme un groupement politique et a pu organiser dans un lycée une réunion « d'ordre civique et social » (*CE, 1er mars 1993, n° 119390, min. Éduc. c/ Assoc. parents d'élèves enseignement public Montpellier : JurisData n° 1993-043079 ; AJDA 1993, p. 881, note Toulemonde*). De même, la neutralité s'oppose à ce que soient apposés sur les édifices publics des signes symbolisant la revendication d'opinions politiques, religieuses ou philosophiques (*CE, 27 juill. 2005, n° 259806, Cne Sainte-Anne : JurisData n° 2005-068697*). En ce sens, l'appellation d'une école par le nom d'une personnalité politique en activité (en l'occurrence Jack Lang) heurte ce principe (*TA Lille, 18 déc. 2007, Desurmont*). La neutralité peut également s'apprécier au regard d'activités commerciales. Ainsi, elle empêche que les appareils de distribution automatique de boissons ou d'aliments installés dans un établissement scolaire servent de support publicitaire même si la marque des produits proposés peut être visible (*CE, sect., 6 nov. 2002, n° 234271, Molinier : JurisData n° 2002-064576 ; Lebon, p. 370 ; JCP A 2002, 1352, note A. Taillefait*).

La neutralité peut être comprise, ensuite, de manière spécifique par rapport à l'égalité et consister dans un souci de liberté à prendre en considération une diversité d'opinions. Cette conception, qualifiée de « neutralité-pluralisme », a pour conséquence une obligation de

recherche d'objectivité et s'applique tout particulièrement au service public de l'enseignement, notamment supérieur (C. éduc., art. L. 141-6).

140. - Neutralité en matière religieuse : laïcité

La neutralité trouve aussi son expression dans la notion de laïcité, c'est-à-dire la neutralité en matière religieuse. Son application s'est particulièrement cristallisée à propos d'affaires liées au port du foulard islamique au sein du service public de l'Éducation. Succédant à un positionnement pragmatique du Conseil d'État en fonction des circonstances de chaque affaire (CE, avis n° 346893, 27 nov. 1989. – Rapp. public pour 2004, *Réflexion sur la laïcité* : EDCE, n° 55), la loi pose désormais le principe plus ferme selon lequel « dans les écoles, les collèges et les lycées publics, le port de signes ou tenues par lesquels les élèves manifestent ostensiblement une appartenance religieuse est interdit » (C. éduc., art. L. 141-5-1. – C. Durand-Prinborgne, *La loi sur la laïcité, une volonté politique au centre des débats de société* : AJDA 2004, p. 704. – Circ. d'application 18 mai 2004 : JO 22 mai 2004, p. 9033. – sur l'application de cette loi, B. Toulemonde, *Le port de signes d'appartenance religieuse à l'école : la fin des interrogations ?* : AJDA 2005, p. 2044). Ce principe est apprécié de manière rigoureuse par la jurisprudence administrative (par ex. CE, 5 déc. 2007, *Gazal et Singh et a.* : RFDA 2008, p. 529, concl. R. Keller. – sur ce point, F. Dieu, *Le Conseil d'État et la laïcité négative* : JCP A 2008, 2070. – A. Ondua, *Le service public à l'épreuve de la laïcité : à propos de la neutralité religieuse dans les services publics* : Dr. adm. 2008, étude 22).

Une conception rigoureuse de la laïcité a été étendue par la jurisprudence à des personnes privées. En effet, ce principe s'applique, d'une part, à des parents d'élèves volontaires accompagnant des sorties scolaires considérées comme « participant au service public de l'Éducation ». Ceux-ci doivent s'abstenir de manifester, « par leur tenue ou par leurs propos, leurs convictions religieuses (...) » (TA Montreuil, 22 nov. 2011, n° 1012015, *Sylvie Osman* : JurisData n° 2011-025646 ; AJDA 2012, p. 163, note S. Henneville-Vauchez ; Dr. adm. 2012, comm. 16, note A. Tailleffait). Dans son avis rendu public le 23 décembre 2013, le Conseil d'État précise cependant que les mères voilées accompagnant des sorties scolaires n'ont pas la qualité de « participant au service public » et ne sont pas soumises à la neutralité religieuse. En revanche, « les exigences liées au bon fonctionnement du service public de l'éducation peuvent conduire l'autorité compétente, s'agissant des parents qui participent à des déplacements ou des activités scolaires, à recommander de s'abstenir de manifester leur appartenance ou leurs croyances religieuses » (Étude demandée par le Défenseur des droits le 20 septembre 2013, adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 19 décembre 2013. – O. Bui-Xuan, *Les ambiguïtés de l'étude du Conseil d'État relative à la neutralité religieuse dans les services publics* : AJDA 2014, p. 249).

En revanche, le droit ne semble pas entièrement stabilisé sur la question des menus de substitution ou confessionnels dans les cantines scolaires. La pratique administrative voudrait que ceux-ci soient autorisés, voire encouragés (V. not. Circ. NOR/IOCK1110778C, 16 août 2011. – Défenseur des droits, *L'égal accès des enfants à la cantine de l'école primaire*, 28 mars 2013). La jurisprudence administrative considère, quant à elle, qu'aucune règle ou principe n'oblige à prévoir des menus de substitution (TA Marseille, 26 nov. 1996, *Zitouni* : D. 1997, IR., p. 30. – TA Cergy-Pontoise, 30 sept 2015, n° 1411141, *Mekhetech* : JurisData n° 2017-028838 ; AJDA 2015, p. 2394, concl. E. Costa. – TA Orléans, 27 juill. 2017, n° 1701213, *El Omari*) mais aussi que le principe de laïcité ne peut fonder leur suppression (CAA Lyon, 26 oct. 2018, n° 17LY03328, *Cne Châlon-sur-Saône* : JurisData n° 2018-018151. – C. Roux, *Les nouvelles « tables » du service public. À propos des cantines scolaires* : Dr. adm. 2019, alerte 17, n° 2).

Commenté [SV(12)]: Merci de préciser le n° de requête, SVP

Commenté [PE13R12]: CE, 5 déc. 2007, M. et Mme Ghazal, n° 295671 et M. Singh, n°285394

En dehors du service public de l'Éducation, différents textes ou décisions de justice ont ultérieurement rendu plus intransigeante la notion de laïcité. Ainsi, il est interdit de « porter une tenue destinée à dissimuler son visage l'espace public » défini comme les « voies publiques, les lieux ouverts au public ou affectés à un service public » (L. n° 2010-1192, 11 oct. 2010 : JO 12 oct. 2010, p. 18344. - F. Dieu, *Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ?* : JCP A 2010, 2355. - A. Levade, *Épilogue d'un débat juridique : l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public validée* : JCP G 2010, act. 1043. - Sur la consistance de « l'espace public », R. Hanicotte, *Espace public, impasse des libertés* : JCP A 2012, 2227).

La question de la laïcité a encore été résolue de manière restrictive concernant l'installation de crèches de Noël dans l'enceinte de bâtiments publics, sièges d'une collectivité publique ou d'un service public. Une telle installation, à la différence de celle dans un simple emplacement public, est jugée, dans son principe, contraire au principe de laïcité. La jurisprudence ménage toutefois l'exception notable selon laquelle une crèche de Noël peut être installée en fonction de « circonstances particulières permettant de lui reconnaître un caractère culturel, artistique ou festif » (CE, ass., 9 nov. 2016, n° 395223, *Féd. libre pensée de Vendée* : *JurisData* n° 2016-023466). En ce sens, la caractérisation d'un usage local permettrait de s'affranchir d'une application rigoureuse du principe de laïcité dans certaines localités (p. 21).

Dans le même sens d'une approche contraignante du principe de laïcité, la « Charte de la laïcité dans les services publics », diffusée par la circulaire du Premier ministre du 13 avril 2007 mais non publiée au *Journal officiel* (!) (C. Durand-Prinborgne, *Autour du projet de charte de la laïcité dans les services publics* : AJDA 2007. p. 721) énonce que « les usagers des services publics ont le droit d'exprimer leurs convictions religieuses, dans les limites du respect de la neutralité du service public et du bon fonctionnement de celui-ci » (Charte, art. 6). Il s'en suit pour les usagers une série d'obligations : s'abstenir de toute forme de prosélytisme, ne pas récuser un agent public, ne pas exiger une adaptation du fonctionnement du service, ne pas récuser d'autres usagers, se conformer aux règles de vérification d'identité (Charte, art. 8).

Sur les contours du principe de laïcité, celui-ci s'applique aussi aux agents employés par un organisme de droit privé assurant une mission de service public (Cass. soc., 19 mars 2013, n° 12-11.690, X : *JurisData* n° 2013-004457, application aux agents des caisses primaires d'assurance maladie). Il ne s'applique cependant pas, selon l'avis précité du Conseil d'État, à une personne privée assurant une simple mission d'intérêt général sans pour autant que la distinction avec une mission de service public ne soit évidente.

Commenté [SV(14)]: Merci de préciser la source, SVP

Commenté [PE15R14]: Supprimer la mention (p. 21)

c) Adaptation

141. - Affirmation du principe

Le principe d'adaptation, ou encore appelé principe de mutabilité, exprime l'idée selon laquelle le service public doit pouvoir se conformer aux évolutions des besoins collectifs et de l'intérêt général. Ce principe n'a pas fait l'objet à ce jour d'une reconnaissance juridique expresse. Il semble en réalité résulter de la nature même du service : ce dernier étant fondé sur la satisfaction de l'intérêt général, la modification de ce but conduit en toute logique le service public à changer lui-même. L'intérêt général peut effectivement varier avec le temps compte tenu notamment des progrès technologiques, ou dans l'espace compte tenu des déplacements de populations. Néanmoins, la référence à un intérêt général apprécié discrétionnairement par les pouvoirs publics afin de définir le principe d'adaptation, empêche de conférer à ce dernier un contenu normatif précis. Le principe d'adaptation inspire malgré tout certaines règles posées par le législateur ou le juge (*J.-C. Vénétia, Le principe d'adaptation in Les clés pour le siècle : Dalloz, 2000, p. 1661*).

142. - Conséquences en faveur des usagers

Les règles tirées du principe d'adaptation peuvent avoir pour but d'améliorer le sort des usagers. Ainsi, ceux-ci ont droit au fonctionnement normal du service (*V. n° 177*) conformément aux lois et aux règlements qui le régissent (*CE, 25 juin 1969, Vincent : Lebon, p. 334 ; AJDA 1969, p. 55, chron. Dewost et Denoix de Saint-Marc*, à propos d'une modification d'horaires de bureaux de poste). Toutefois, le juge administratif n'exerce ici en principe qu'un contrôle minimum limité à celui de l'erreur manifeste d'appréciation (*CE, 15 janv. 1997, n° 129653, Féd. nat. usagers des transports : JurisData n° 1997-050043 ; Lebon, p. 1032*). Il reste donc difficile pour les usagers d'invoquer l'adaptation du service public (*J.-M. Dauchy, Mutabilité et droits des usagers : LPA 2003, n° 251, p. 8. — J.-P. Markus, Le principe d'adaptabilité : de la mutabilité au devoir d'adaptation des services publics aux besoins des usagers : RFDA 2001, p. 589*).

143. - Conséquences en défaveur des usagers

En réalité, l'adaptation entraîne plus fréquemment pour les usagers des contraintes. Ils n'ont effectivement aucun droit acquis tant à la conservation du régime juridique du service qu'à son maintien même (cas d'un service public administratif, *CE, sect., 27 janv. 1961, Vannier : AJDA 1961, p. 75, chron. Galabert et Gentot*. — cas d'un service public industriel et commercial, *CE, sect., 18 mars 1977, Ch. com. La Rochelle, Belfort, Lille : Lebon, p. 153, concl. Massot*, à propos de la suppression de lignes aériennes déficitaires. — *CE, 5 mars 2014, Assoc. Signal d'alarme*, à propos du transfert à la gare de Paris-Bercy, supposée moins prestigieuse que celle de Lyon, des liaisons ferroviaires avec l'Auvergne), sauf exception constitutionnelle ou législative de service public obligatoire (*V. n° 105*). Ceci est particulièrement net pour les usagers des services publics administratifs qui voient leur situation dépendre d'actes unilatéraux d'ordre légal ou réglementaire. Ainsi, par exemple, l'augmentation des frais de séjour dans les hôpitaux est directement opposable aux usagers. Il en va de même pour ceux des services publics industriels et commerciaux dont la situation est pourtant contractuelle. À ce titre, les tarifs peuvent être immédiatement relevés à condition que les modifications ne soient pas rétroactives (*CE, ass., 25 juin 1948, Sté journal l'Aurore : Lebon, p. 289*). D'une manière plus générale, le contrôle du juge se limite à celui de l'erreur manifeste d'appréciation des décisions modifiant les conditions de fonctionnement du service (*CE, 16 janv. 1991, n° 115294, Féd. nat. usagers des transports : JurisData n° 1991-043546 ; Lebon, p. 295 ; AJDA 1991, p. 924, obs. Broussolle. — CE, 11 juill. 2001, n° 211561, Poirrez : JurisData n° 2001-062820 ; Dr. adm. 2001, comm. 247*).

Commenté [SV(16)]: Merci de préciser le n° de requête, SVP

Commenté [PE17R16]: n° 368199

144. - Conséquences pour les agents

L'adaptation du service public entraîne des obligations pour ses agents. S'agissant des fonctionnaires, ceux-ci étant placés dans une situation légale et réglementaire, ils n'ont juridiquement aucun droit acquis au maintien de leur statut. De même, afin de faire face aux nécessités d'adaptation, ils peuvent être utilisés dans un emploi ne correspondant pas exactement à leur grade. Quant aux personnels recrutés par contrat, ceux-ci peuvent être licenciés en cas de réorganisation du service motivée par une évolution des tâches.

145. - Conséquences pour les cocontractants du service

Le pouvoir de modification unilatérale dont dispose l'Administration à l'égard des cocontractants a été posé à l'origine par le Conseil d'État en vue d'obliger les concessionnaires de service public du gaz à s'adapter à la technique nouvelle de l'électricité (*CE, 10 janv. 1902, Gaz Déville-lès-Rouen : Lebon, p. 5*). Cette solution est aujourd'hui confirmée mais peut entraîner une révision des clauses financières du contrat (*CE, 2 févr. 1983, Union transports publics et urbains et régionaux : Lebon, p. 33 ; RDP 1984, p. 212, note J.-M. Auby*). De même, l'adaptation du service peut justifier la résiliation unilatérale d'un contrat, notamment de concession (*CE, ass., 2 févr. 1987, Sté TV6 : Lebon, p. 29*).

2° Règles complémentaires

a) Gratuité

146. - Absence de principe général de gratuité

La gratuité n'est pas en droit positif un principe général du service public (*Cons. const., 12 juill. 1979, n° 79-107 DC, préc. n° 132. – CE, 10 juill. 1996, n° 168702, Sté direct mail promotion : JurisData n° 1996-050687 ; Lebon, p. 277*). On peut tout au plus la considérer avec Hauriou comme étant l'un de ses « traits saillants » (*Précis de droit administratif : 3e éd., 1933, p. 56. – M. Lecerf, G. Blanc, La gratuité des services publics à l'égard des usagers : JCP G 1998, I, 168. – G. Koubi, G. Guglielmi [ss dir.], La gratuité, une question de droit ? : L'Harmattan, 2003*). La gratuité reste toutefois un principe pour les services publics administratifs obligatoires en vertu de la Constitution ou d'une loi. À cet égard, le Conseil d'État a rappelé qu'une commune ne peut mettre à la charge de la victime d'un accident de la circulation les frais de transport à l'hôpital par les sapeurs-pompiers (*CE, 5 déc. 1984, Ville Versailles c/ Lopez : Lebon, p. 399 ; RFDA 1985, p. 522, note Prétot*). De même, par un arrêt du 11 mai 2009, Ville de Toulouse (*CE, 11 mai 2009, n° 269919 : JurisData n° 2009-075429 ; Contrats-Marchés publ. 2009, comm. 333, Soler-Couteaux*), la Haute juridiction administrative a eu l'occasion d'affirmer de manière solennelle que les activités non détachables « d'une mission de police administrative de l'État » ne pouvaient pas « y compris par la voie contractuelle » faire l'objet d'un « financement total ou partiel par des personnes publiques ou privées ». Sont encore insusceptibles d'être tarifées les opérations qui relèvent de missions « qui incombent par nature à l'État » (*CE, 28 nov. 2018, n° 413839, SNCF Réseau : JurisData n° 2018-021171*) tout en laissant entière la question de l'identification de ces missions (l'écoute, l'enregistrement et l'archivage des conversations téléphoniques de détenus en constitue cependant un exemple, *CE, 14 nov. 2018, n° 418788, A. C. : JurisData n° 2018-020162. – G. Odinet, Ce qui est facturable et ce qui ne l'est pas : Dr. adm. 2019, n° 9*).

147. - Exceptions à la règle de la gratuité pour les services publics obligatoires

La règle de la gratuité pour les services publics administratifs obligatoires supporte un certain nombre d'exceptions, d'ailleurs en voie d'extension, prévues aussi bien par les textes que par la jurisprudence. Ainsi, par exemple, il doit être remboursé à l'État de dépenses de service d'ordre engagées dans l'intérêt de personnes physiques ou morales par la police et la gendarmerie « qui ne peuvent être rattachés aux obligations normales incombant à la puissance publique en matière de maintien de l'ordre ». Sont en ce sens visés les services d'ordre pour des manifestations sportives, récréatives ou culturelles à but lucratif (*CSI, art. L. 211-11*. - *E. Landros, La facturation des activités de police administrative de l'État. Variations sur le relatif déclin de la gratuité du service public de la police : JCP A 2010, 2175*). Le service départemental de lutte contre l'incendie peut également demander une participation aux frais pour des activités ne se rattachant pas directement à l'exercice de ses missions principales de type recherche d'animaux domestiques ou destruction de nids d'insectes (*CGCT, art. L. 1424-42*). De même, concernant une pratique sportive, les communes peuvent demander le remboursement des frais engagés pour le secours de personnes à la condition que le conseil municipal ait expressément délibéré sur la question et publié les modalités de la participation financière (*CGCT, art. L. 2321-2, 7°*. - Pour le ski, *CGCT, art. R. 2321-6 et R. 2321-7*. - *Ph. Blacher, La tarification des services de secours en montagne. Mél. Colson, 2004 : Presses universitaires de Grenoble*).

Enfin, la jurisprudence admet que certaines prestations, même fournies par des services publics obligatoires, peuvent faire l'objet d'un paiement dès l'instant où elles sont considérées comme « particulières » à certains usagers et « ne relèvent pas de la nécessité publique » (*CE, 5 déc. 1984, Ville Versailles, préc. n° 146*) ou excèdent « les besoins normaux de sécurité auxquels la collectivité est tenue de pourvoir gratuitement » (*CE, 28 déc. 1949, Sté ciné Lorrain : Lebon, p. 584*. - *X. Latour, La marchandisation de la police et de la gendarmerie à l'épreuve du droit public : JCP A 2010, n° 24, p. 2199*. - *M. Degoffe, Les prestations payantes des services publics en principe gratuits. Mél. E. Fatôme : Dalloz, 2011, p. 115*).

148. - Cas des services publics industriels et commerciaux

Pour les services publics industriels et commerciaux, le principe est la perception d'une « redevance » conçue comme une contrepartie directe à la prestation. En effet, l'obligation d'équilibre du budget des services publics industriels et commerciaux locaux (*CGCT, art. L. 2224-1 et s.*), ajoutée à l'interdiction pour les communes de verser des subventions d'équilibre (*CGCT, art. L. 2224-2*), impliquent une rémunération. De même, les textes prévoient expressément le versement d'une redevance pour :

- l'assainissement (*CGCT, art. L. 2224-11 et L. 2224-12*) ;
- les abattoirs (*CGCT, art. L. 2333-1*) ;
- les pompes funèbres (*CGCT, art. L. 2223-22*) ;
- les ordures ménagères (*CGCT, art. L. 2333-76*).

149. - Caractères de la redevance

En principe, une redevance pour service rendu doit essentiellement trouver une contrepartie directe dans la prestation fournie par le service ou, le cas échéant, dans l'utilisation d'un ouvrage public et, par conséquent, doit correspondre à la valeur de la prestation ou du service. La redevance acquittée correspond donc normalement à un prix, c'est-à-dire à une somme proportionnelle à la consommation de l'usager (par ex. *CE*, 30 sept. 1996, n° 156176, *Sté Stéphanoise des eaux* : *JurisData* n° 1996-050719 ; *Lebon*, p. 355. – *R. Hertzog*, *Le prix du service public* : *AJDA* 1997, n° spécial, p. 55).

Cependant, la redevance peut ne pas être strictement proportionnelle au coût de la prestation et intégrer des frais fixes et indépendants des prestations fournies ou être modulée en fonction de considérations d'intérêt général, ou de la valeur économique de la prestation pour son bénéficiaire, ce qui inclut en particulier son chiffre d'affaires (*CE*, 7 oct. 2009, n° 309499, *Sté d'équipement Tahiti et îles* : *JurisData* n° 2009-011019 ; *RJEP* 2010, comm. 674, concl. *Boulouis* ; *AJDA* 2009, p. 2480, note *J.-D. Dreyfus* ; *Dr. adm.* 2009, comm. 149). Une réserve est toutefois que le tarif soit établi selon des critères objectifs et rationnels, dans le respect du principe d'égalité entre les usagers du service public et des règles de la concurrence (*CE*, 21 oct. 1988, *SNTA* : *RDP* 1989, p. 1464, note *Y. Gaudemet*. – *CE*, ass., 16 juill. 2007, n° 293229, *Synd. nat. défense exercice libéral de la médecine à l'hôpital* : *JurisData* n° 2007-072200 ; *Dr. adm.* 2007, comm. 128, *M. Bazex*, *S. Blazy*).

La prestation donnant lieu à une redevance doit, en outre, être individualisable (*CE*, 20 déc. 1969, *Cne Nerville-la-Forêt* : *Lebon*, p. 564), quantifiable (*CE*, 23 nov. 1955, *Synd. commerce en gros boucherie Bordeaux* : *Lebon*, p. 556) et rendue « au bénéfice propre d'usagers déterminés » (*CE*, 28 nov. 2018, *SNCF Réseau*, préc. n° 146, est illégale la tarification d'une prestation de contrôle, de surveillance et de gardiennage de trains de marchandises stationnés sur un site proche du tunnel sous la Manche qui n'est pas rendue au bénéfice propre des entreprises qui veulent faire circuler ces trains dans le tunnel). De même, le juge administratif peut être amené à annuler des délibérations tarifaires lorsqu'il s'avère que la collectivité a entendu faire supporter à l'usager des coûts étrangers à la mission de service public concernée (*CAA Lyon*, 25 avr. 2002, n° 97LY00743, *Sté stéphanoise des Eaux c/ Sté Tartary et Ville Saint-Etienne c/ Sté Tartary* : *Dr. adm.* 2003, comm. 5, obs. *Ménémémis*. – *R. Fraisse*, *Les redevances pour service rendu : tentative de clarification* : *Dr. adm.* 2005, étude 11. – *F. Alhama*, *L'intérêt financier dans l'action des personnes publiques* : *Dalloz*, 2018, n° 242, p. 377. – *L. Bahougne*, *Le financement du service public* : *LGDJ*, 2015. – *Ph. Blacher*, *Le contrôle par le juge administratif de la tarification des services publics* : *RF fin. publ* 2000, 175. – *G. Eckert*, *Le financement du service public*, in *Le service public. Colloque de l'AFDA* : *Dalloz*, 2014, p. 177).

b) Transparence

1) Transparence du fait de la modernisation de l'Administration

150. - Principe

La transparence constitue aujourd'hui un principe directeur de l'action des services publics. Initié à partir de la fin des années 1970 dans le cadre d'un programme de modernisation de l'Administration, celui-ci peut être compris comme une obligation de communication de certaines informations aux différents interlocuteurs du service concernant son fonctionnement (*Y. Jéguzo*, *Le droit à la transparence administrative* : *EDCE*, n° 43, 1992, p. 49. – *D. Linhart* [ss dir.], *Les différents visages de la modernisation du service public* : *Doc. fr.*, 2007. – *P. Warin* [ss dir.], *Quelle modernisation des services publics ? Les usagers au cœur des réformes* : *La découverte*, coll. *Recherches*, 1998).

151. - Sources

Sans qu'il soit possible ici de détailler le contenu des mesures mises en œuvre, la transparence a été organisée à l'égard des usagers par une série de textes assez disparates, codifiés aujourd'hui pour une part au Code des relations entre le public et l'administration. Ceux-ci sont notamment la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 (JO 7 janv. 1978, p. 227) permettant aux usagers d'avoir accès aux informations figurant sur des fichiers, la loi n° 78-753 du 17 juillet 1978 (JO 18 juill. 1978, p. 2851) énonçant le principe d'un libre accès aux documents administratifs, la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 (JO 12 juill. 1979, p. 1711), imposant la motivation d'actes administratifs individuels défavorables et des sanctions, la loi n° 92-125 du 6 février 1992 relative à l'administration territoriale de la République (JO 8 févr. 1992, p. 2064) comportant des dispositions sur l'information des usagers des services publics locaux (CGCT, art. L. 1411-11 à L. 1411-17) et la loi n° 2000-321 du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations tendant à faciliter l'accès aux règles de droit, à consacrer la levée, sauf exceptions, de l'anonymat des agents, à ouvrir plus largement la communication de documents administratifs, à généraliser l'accès du public aux différents documents budgétaires.

On peut également déduire un principe de transparence au profit des agents qui se matérialise par exemple par le droit à la connaissance des modalités d'évaluation, celui à la communication du dossier avant une sanction disciplinaire ou le droit à la motivation des actes les concernant individuellement, défavorables ou dérogeant à une règle générale. De même, il a été institué au nom de la transparence une protection de l'agent « lanceur d'alerte » (L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 : JO 10 déc. 2016, texte n° 2).

La transparence a encore été organisée à l'égard des cocontractants du service pour tout contrat de la commande publique qui doit respecter les principes de « liberté d'accès et de transparence des procédures » (CCP, art. L. 3).

152. - Garanties

Dans des domaines considérés comme sensibles au regard des libertés publiques, le choix a été fait de placer le respect du principe de transparence sous le contrôle d'autorités administratives indépendantes dénommées « Commission nationale informatique et libertés » (CNIL) ou « Commission d'accès aux documents administratifs » (CADA) (CRPA, art. L. 340-1 et s.).

Dans sa fonction générale de respect des droits et libertés par tout organisme investi d'une mission de service public, le « Défenseur des droits », conçu comme une autorité constitutionnelle indépendante, participe également à la garantie de la transparence au profit des usagers du service public (Const. 1958, art. 71-1. – L. n° 2011-333, 29 mars 2011 : JO 30 mars 2011, p. 5497). Son rapport d'activité pour 2018 alerte ainsi les pouvoirs publics sur les inégalités et atteintes aux droits fondamentaux éprouvées par les usagers des services publics (p. 15 s.).

Enfin, à la suite de la libéralisation d'un certain nombre de secteurs, ont été créées des autorités de régulation comme l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) (CPCE, art. L. 4 et s. et L. 36-5 et s.), la Commission de régulation de l'énergie (CRE) (C. énergie, art. L. 131-1 et s.), ou l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) (C. transp., art. L. 3114-8), dont une de leurs missions est d'assurer la plus grande transparence de l'exploitation des activités concernées, notamment de service public (S. Braconnier, *La régulation des services publics* : RFDA 2001, p. 43. – J. Chevallier, *L'État post-moderne* : LGDJ, 2003. – M.-A. Frison-Roche, *Définition du droit de la régulation économique* : D. 2004, chron. p. 126. – M. Lombard, *À la recherche de la régulation* : AJDA 2004, p. 289 ; *Institutions de régulation économique et démocratie politique* : AJDA 2005, p. 530).

Commenté [SV(18)]: Merci de préciser la source, SVP

Commenté [PE19R18]: (Défenseur des droits, *Rapport annuel d'activité 2018, 2019*, p. 15 et s.)

2) Transparence du fait des règles de l'Union européenne

153. - Principe de séparation des fonctions

La Commission européenne a défini un certain nombre de « lignes de conduite saines » orientées autour du principe de transparence. À cet égard, a été affirmée la nécessité d'une dissociation ou séparation d'un certain nombre de fonctions.

154. - Principe de séparation des fonctions de régulation et d'exploitation

La séparation des fonctions concerne tout d'abord celle entre, d'une part, les fonctions de régulation ou d'autorité, relevant de l'État, et, d'autre part, les fonctions de gestion des activités économiques, relevant des opérateurs exploitants. Cette règle a été posée afin de garantir l'égalité des chances entre les différents opérateurs économiques. Faute de cette dissociation, seraient donc créés les risques d'un abus de position dominante (*CJCE, 13 déc. 1991, aff. C-18/88, RTT/GB-Inno-BM, points 24-25 et dispositif : Rec. CJCE 1991, p. I-5941*).

Ainsi, des directives ont, pour chaque secteur faisant l'objet d'un processus de libéralisation, organisé une séparation des fonctions de régulation et d'exploitation. Elles ont toutefois laissé aux États membres le soin de déterminer le statut de l'organisme investi des fonctions de régulation. Celui-ci peut être aussi bien une administration, une commission de régulation ou une autorité d'experts indépendants. Cette séparation peut être satisfaite dès l'instant où l'opérateur est placé en dehors du giron étatique et dispose d'une personnalité propre, ce qui semble cependant exclure le système de la régie (*Dossier « La régulation et les institutions », notamment contribution de P. Idoux, Régulateurs nationaux et régulateurs européens : RDP 2014, p. 261-379 ; S. Rodrigues, La nouvelle régulation des services publics en Europe : énergie, postes, télécommunications et transports : Tec et Doc., 2000. – C. Stofaës, Vers une régulation des services publics en Europe : Aspe, coll. ISUPE, 2003. – J. Vandamme et F. Van Der Mensbrugghe [ss dir.], La régulation des services publics en Europe : Aspe Europe, 2000*).

155. - Principe de séparation des fonctions de régulation et d'exploitation en matière de communications électroniques

La séparation des fonctions de régulation et d'exploitation en matière de communications électroniques résulte de l'obligation faite aux États membres de garantir l'indépendance des autorités réglementaires nationales qui doivent être « juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes » de tous les opérateurs assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques (*PE et Cons. UE, dir. 2002/21, 7 mars 2001, art. 3, 2*). À ce titre, Il est organisé une fonction de régulation répartie notamment entre, d'une part, une autorité administrative indépendante dite « Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP) » (*CPCE, art. L. 36-5 à 36-13*), et, d'autre part, le Gouvernement, titulaire du pouvoir réglementaire (*Const. 1958, art. 21*).

Parallèlement, le droit de l'UE exige que la propriété ou la direction des entreprises assurant la fourniture de réseaux et de services de communications électroniques soit structurellement séparée des États membres qui en conservent la propriété ou le contrôle (*PE et Cons. UE, dir. 2002/21, 7 mars 2001, art. 3, 2*). Cette exigence a conduit à ce que, dans un premier temps, France Télécom (aujourd'hui Orange) passe du statut d'établissement public à celui de société anonyme (*L. n° 96-660, 26 juill. 1996 : JO 27 juill. 1996, p. 11398*), puis, dans un deuxième temps, cette société soit appelée à être privatisée (*L. n° 2003-1365, 31 déc. 2003, art. 7. – L. Rapp, France Télécom entre service public et secteur privé ou la tentation de Madrid : AJDA 2004, p. 579*).

156. - Séparation des fonctions de régulation et d'exploitation en matière postale

Le principe de séparation des fonctions de régulation et d'exploitation dans le secteur postal résulte de l'obligation faite aux États membres de désigner des autorités réglementaires nationales « juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes des opérateurs postaux » (*PE et Cons. UE, dir. 2008/6/CE, 20 févr. 2008, art. 22*). À ce titre, en France, la fonction de régulation des activités postales est répartie entre le gouvernement, titulaire du pouvoir réglementaire, et une autorité administrative indépendante, l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), dotée notamment de pouvoirs de surveillance, de délivrance d'autorisation, de sanction, de règlement des différends et d'investigation (*CPCE, art. L. 4 à L. 5-9*).

De même, les prestataires de services postaux qui restent la propriété ou sous le contrôle des États membres doivent connaître une « séparation structurelle effective de la fonction de réglementation » (*PE et Cons. UE, dir. 2008/6/CE, 20 févr. 2008, art. 22*). En ce sens, afin d'accentuer l'indépendance juridique et fonctionnelle de l'entreprise publique La Poste par rapport à l'État, celle-ci est devenue une société anonyme dont le capital est toutefois majoritairement par l'État (*L. n° 2010-123, 9 févr. 2010, art. 1^{er}*).

157. - Séparation des fonctions de régulation et d'exploitation dans le secteur de l'énergie

Dans le secteur de l'énergie, le principe de séparation des fonctions de régulation et d'exploitation résulte de l'obligation faite aux États membres de désigner une autorité de régulation au niveau national conçue comme indépendante et exerçant ses compétences de manière impartiale et transparente (*PE et Cons. UE, dir. 2009/72/CE, 13 juill. 2009, art. 35-4, électricité du Parlement européen et du Conseil. - PE et Cons. UE, dir. 2009/72/CE et 2009/73/CE, art. 39, gaz*).

158. - Séparation des activités de gestion de l'infrastructure et de l'exploitation de l'activité dans le secteur du transport ferroviaire

La directive 2012/34/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 novembre 2012 établissant un espace ferroviaire unique européen tel que modifiée par la directive (UE) 2016/2370 du 14 décembre 2016, tirée du « 4e paquet ferroviaire », pose clairement le principe de « l'indépendance du gestionnaire de l'infrastructure » (*PE et Cons. UE, dir. 2012/34/UE, 21 nov. 2012, art. 7*). Les États membres doivent en effet en particulier veiller à ce que « le gestionnaire de l'infrastructure soit organisé sous la forme d'une entité qui est juridiquement distincte de toute entreprise ferroviaire » (*PE et Cons. UE, dir. 2012/34/UE, 21 nov. 2012, art. 7-2*) ou à ce qu'il dispose de « l'indépendance organisationnelle et décisionnelle [...] en ce qui concerne les fonctions essentielles » conçues comme la répartition et l'attribution des sillons ainsi que la tarification (*PE et Cons. UE, dir. 2012/34/UE, 21 nov. 2012, art. 7 bis*).

Les directives successives ont été transposées progressivement et avec réticence en droit français. Initialement, la séparation des fonctions de régulation et d'exploitation avait été mise en œuvre par la création de « Réseau ferré de France (RFF) » conçu comme un établissement public chargé en particulier d'attribuer les sillons aux entreprises ferroviaires (*L. n° 97-135, 13 févr. 1997 : JO 15 févr. 1997, p. 2592*). Cependant, compte tenu des multiples interventions de la SNCF dans leur procédure d'attribution, le principe de séparation des fonctions de régulation et d'exploitation n'était pas assuré de manière satisfaisante.

C'est pourquoi avait été créé ensuite comme palliatif un service spécifique, la direction de la circulation ferroviaire, au sein de la SNCF chargé de la gestion du trafic et des circulations et censé garantir une concurrence libre et loyale (*L. n° 2009-1503, 8 déc. 2009, art. 1^{er} : JO 9 déc.*

2009, p. 21226). Cependant, ce service demeurant interne à la SNCF, on pouvait toujours contester la correcte mise en œuvre du principe de séparation des fonctions. À ce titre, saisie par la Commission dans le cadre d'un recours en manquement, la Cour de justice a condamné la France en constatant que l'indépendance juridique prévue par la directive 2001/14/CE entre le régulateur et l'opérateur n'existait pas (*CJUE, 18 avr. 2013, aff. C-625/10, Comm. c/ France*).

Sans vraiment remédier à ces imperfections, la réforme suivante a rétabli l'unité du « groupe public ferroviaire SNCF » constitué de deux filiales, « SNCF Réseau », désignée comme gestionnaire du réseau ferré national et chargée notamment de l'accès à l'infrastructure comprenant la répartition des capacités et la tarification de cette infrastructure (*C. transp., art. L. 2111-9*), et « SNCF Mobilités » en tant qu'exploitant (*C. transp., art. L. 2114-1. – L. n° 2014-872, 4 août 2014, portant réforme ferroviaire : JO 5 août 2014, p. 12930*). Si l'on en juge par l'avis rendu par l'Autorité de la concurrence sur le projet de loi (*Aut. conc., avis n° 13-A-14, 4 oct. 2013*), les risques concurrentiels persistaient. Outre qu'une appellation inspirée l'une de l'autre ne préjuge pas symboliquement d'une indépendance du gestionnaire du réseau et du régulateur vis-à-vis de l'opérateur historique, la loi précise même expressément que les trois entités ainsi créées ont un « caractère indissociable et solidaire » (*C. transp., art. L. 2101-1*). Loin d'assurer l'indépendance entre le gestionnaire de l'infrastructure permettant l'accès au réseau et l'opérateur, la loi organisait donc au contraire une association entre ces deux entités au sein d'un même groupe.

Sans remettre en cause l'unité du groupe public ferroviaire, la loi n° 2018-515 du 27 juin 2018 pour un nouveau pacte ferroviaire (*JO 28 juin 2018, texte n° 1*) transforme toutefois son organisation en rapprochant l'opérateur historique SNCF d'un opérateur ordinaire. Celui-ci voit son statut d'EPIC devenir, à partir du 1er janvier 2020, celui d'une société « soumise aux dispositions législatives applicables aux sociétés anonymes » dont le capital est entièrement détenu par l'État et composée de deux sociétés filiales « SNCF Réseau » et « SNCF Mobilités » (*C. transp., art. L. 2101-1*). Cette transformation a pour avantage, au regard du droit européen, de mettre fin à la garantie implicite de l'État et de renforcer l'indépendance organisationnelle et fonctionnelle du gestionnaire de réseau qu'est la SNCF par rapport à l'État (*G. Eckert, Concurrence et régulation : RFDA 2018, p. 866. – A. Laget-Annamayer, D'un groupe à l'autre : RFDA 2018, p. 857*).

Les installations de service comme les gares et les ateliers de maintenance constituent un point sensible en raison de leur caractère de monopole naturel. Compte tenu des coûts d'investissements nécessaires et des gains d'échelle réalisés, ces infrastructures restent la propriété d'un gestionnaire unique qui doit dans le même temps accès garantir un transparent et non discriminatoire. La gestion des gares est ainsi désormais confiée à une filiale de « SNCF Réseau » « dotée d'une autonomie organisationnelle, décisionnelle et financière » (et ne relève plus comme auparavant d'une direction de « SNCF Mobilités », dite « Gares et Connexions ») (*C. transp., art. L. 2111-9, 5°. – P. Terreyre, Les gares ferroviaires de voyageurs : RFDA 2018, p. 903*).

159. - Séparation des activités de régulation et d'exploitation dans le secteur du transport ferroviaire

Le principe de séparation des activités de régulation et d'exploitation n'est pas directement affirmé. C'est à ce titre que « SNCF Réseau » fait office de régulateur du trafic tout en faisant partie intégrante du groupe public ferroviaire SNCF. En revanche, concernant tout d'abord, l'accès au réseau, le droit de l'Union exige ainsi que soit institué un « organisme national de contrôle national unique du secteur ferroviaire » conçu comme une « autorité autonome juridiquement distincte et indépendante sur les plans organisationnel, fonctionnel, hiérarchique et décisionnel, de toute autre entité publique ou

privée » (*PE et Cons. UE, dir. 2012/34/UE, art. 55*). À cet effet, il est assigné en droit interne à une autorité publique indépendante, « l'Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières (ARAFER) », une mission générale, d'une part, « d'observation des conditions d'accès au réseau ferroviaire » et, d'autre part, visant à veiller à ce que les « conditions d'accès au réseau ferroviaire par les entreprises ferroviaires n'entravent pas le développement de la concurrence » (*C. transp., art. L. 2131-3*) et que « l'accès au réseau et aux installations de service, ainsi qu'aux différentes prestations associées, soit accordé de manière équitable et non discriminatoire » (*C. transp., art. L. 2131-4*).

Concernant ensuite la sécurité du réseau, doit être désignée une autorité, indépendante des entreprises ferroviaires, responsable de la délivrance des licences en vue d'exploiter un service de transport ferroviaire (*PE et Cons. UE, dir. 2012/34/UE, art. 16*). En ce sens, « l'Établissement public de sécurité ferroviaire », conçu comme un établissement public de l'État, indépendant des entreprises ferroviaires, des gestionnaires d'infrastructure et des demandeurs de certification, a pour mission de délivrer les autorisations nécessaires à l'exercice des activités ferroviaires et d'assurer leur suivi et leur contrôle (*C. transp., art. L. 2221-1 et s.*).

160. - Désignation de gestionnaires de réseau de transport et de distribution dans le secteur de l'énergie

En application du principe de séparation entre les activités de transport et de distribution et celles de production ou de fourniture d'électricité et de gaz (*C. énergie*, art. L. 111-7 et L. 111-64), ont été institués des « gestionnaires de réseaux de transport (GRT) » et de « distribution (GRD) » disposant de personnalités morales distinctes de celles qui exercent des activités de production ou de fourniture (*C. énergie*, art. L. 111-11 et L. 111-13 à L. 111-39).

En l'état actuel du fonctionnement du marché, il s'agit principalement de sociétés anonymes filiales d'EDF et d'ENGIE (anciennement GDF-Suez) dont le capital est donc entièrement détenu par elles (en l'occurrence, ces filiales sont RTE et GRT Gaz pour les GRT et ENEDIS, anciennement ERDF, et GRD Gaz, anciennement GRDF, pour les GRD). Le fait qu'il s'agisse de sociétés anonymes a certes pour conséquence qu'elles soient juridiquement indépendantes des sociétés mères EDF et ENGIE. Elles sont en outre astreintes à respecter le principe de non-discrimination et doivent se doter à cette fin chacune d'un « code de bonne conduite » adressé à la CRE rassemblant les mesures d'organisation interne propres à prévenir toute pratique discriminatoire en matière d'accès des tiers au réseau (*C. énergie*, art. L. 111-22, pour les GRT. - *C. énergie*, art. L. 111-61, pour les GRD). Néanmoins, on peut s'interroger si ce dispositif satisfait correctement aux dispositions des directives « Électricité » et « Gaz » sur l'indépendance des gestionnaires de réseaux de transport et de distribution et soit suffisant pour éviter les potentiels conflits d'intérêts (*PE et Cons. UE*, dir. 2009/72/CE, art. 18 et 26, *Électricité*. - *PE et Cons. UE*, dir. 2009/73/CE, art. 18 et 26, *Gaz*).

161. - Obligation pour les entreprises publiques de tenir des comptes séparés

Dans le but d'assurer la transparence des relations financières entre les pouvoirs publics et les entreprises publiques, les États membres ont l'obligation de maintenir des comptes séparés pour les entreprises privées et publiques, auxquelles des droits spéciaux ou exclusifs ont été attribués par un État membre, ou qui sont chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique et général et qui reçoivent une compensation de service public tout en exerçant en même temps d'autres activités. Les comptes séparés doivent refléter les différentes activités exercées par la même entreprise, en faisant ressortir les produits et les charges associés à ces différentes activités ainsi que la méthode de leur imputation ou répartition (*PE et Cons. UE*, dir. 2006/111/CE, 16 nov. 2006, art. 1er à 4). Les entreprises concernées doivent donc établir une comptabilité analytique.

Toutefois, cette obligation de tenir des comptes séparés connaît un certain nombre d'exonérations (en faveur des entreprises qui ne sont pas susceptibles d'affecter sensiblement les échanges entre les États membres, des entreprises publiques dont le chiffre d'affaires annuel net est inférieur à 40 millions d'euros lors des deux exercices annuels précédant celui de la mise à disposition des ressources publiques, des entreprises publiques et privées dont le chiffre d'affaires annuel net est inférieur à 40 millions d'euros lors des deux exercices annuels précédant chaque année au cours de laquelle elles bénéficient de droits spéciaux ou exclusifs attribués par un État membre ou au cours de laquelle elles sont chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, des entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général si les compensations reçues ont été fixées pour une période appropriée suite à une procédure ouverte, transparente et non discriminatoire, *PE et Cons. UE*, dir. 2006/111/CE, 16 nov. 2006, art. 5).

162. - Obligation de tenir des comptes séparés dans le secteur de l'énergie

Des directives sectorielles organisent de manière spécifique une obligation de tenir des comptes séparés. Ainsi, dans le secteur de l'énergie, il est exigé des entreprises d'électricité et de gaz

naturel qu'elles tiennent, dans leur comptabilité interne, des comptes séparés pour chacune de leurs activités de transport et de distribution, comme elles devraient le faire si les activités en question étaient exercées par des entreprises distinctes, en vue d'éviter les discriminations, les subventions croisées et les distorsions de concurrence (*PE et Cons. UE, dir. 2009/72/CE. - PE et Cons. UE, dir. 2009/73/CE, art. 31-3*).

c) Participation

163. - Participation des usagers

Le principe de participation tend tout d'abord à associer les usagers des services publics au processus de décision. À cet égard, des textes peuvent prévoir que les conseils d'administration de certains établissements publics gérant un service public sont composés de représentants d'usagers avec voix délibérative (par exemple, pour les universités, *C. éduc., art. L. 712-3, L. 712-5 et L. 712-6*). De même, le conseil d'administration ou de surveillance des entreprises publiques nationales ayant la forme d'établissement public comprend des personnalités choisies notamment en raison de leur compétence technique, scientifique ou technologique (*L. n° 83-675, 26 juill. 1983, relative à la démocratisation du secteur public, art. 5 : JO 27 juill. 1983, p. 2325. - I. Thomas, Le principe de participation des usagers au fonctionnement des services publics : RFDA 2004, p. 330*).

La participation des usagers peut aussi se traduire par la mise en œuvre d'un processus de consultation ou concertation. En ce sens, a été mis en place un ensemble d'instances consultatives diversifiées du type la « Commission nationale du débat public » (autorité administrative indépendante saisie sur les projets d'aménagement ou d'équipement d'intérêt national qui présentent des impacts significatifs sur l'environnement et à forts enjeux socio-économiques : *C. envir., art. L. 121-1 et s.*), Conseils supérieurs auprès du ministre, commissions départementales auprès du préfet ou commission communales en particulier dans des secteurs comme l'urbanisme, l'éducation nationale, la fiscalité, la santé ou la sécurité sociale.

La consultation ou concertation peut également aujourd'hui être pratiquée par les collectivités publiques de manière volontaire, en dehors de toute procédure formalisée, sous forme d'assises, débats, états généraux ou réunions publiques, à l'occasion de telle ou telle réforme ou tel ou tel projet d'aménagement.

Conçu dans un but démocratique et de légitimation de la décision administrative, ce processus n'est pourtant pas exempt de critiques en ralentissant parfois, voire bloquant, l'action des services publics et ouvrant la parole non pas à l'ensemble des usagers mais en réalité aux plus mobilisés, voire plus extrémistes. Il s'inscrit de surcroît en contre-point d'un processus parallèle de « simplification du droit » visant notamment à diminuer le nombre d'instances consultatives (*M. Le Clainche, L'administration consultative : élément constitutif ou substitut de la démocratie administrative ? : RF adm. publ. 2011, n° 137-138, p. 39*).

164. - Participation des usagers à l'initiative de collectivités territoriales

La participation des usagers au sein des collectivités territoriales trouve à s'exprimer ponctuellement dans le cadre de référendums locaux (*Const. 1958, art. 72-1. - CGCT, art. L. 1112-1 et s. - CRPA, art. L. 135-1*) et de consultations locales (*CGCT, art. L. 1112-15. - CRPA, art. L. 135-2*). De manière plus continue, la participation des citoyens est organisée dans les communes au sein de « conseils de quartiers » (obligatoires dans celles de plus de 80 000 habitants) consultés et pouvant faire des propositions sur toute question concernant le quartier ou la ville (*CGCT, art. L. 2143-1*) et au sein de « comités consultatifs », ouverts aux représentants d'associations locales, saisis sur toute question ou projet intéressant les services publics et équipements de proximité (*CGCT, art. L. 2143-2*).

Plus directement en rapport avec l'organisation des services publics, chaque collectivité territoriale (excepté les communes de moins de 10 000 habitants) et les établissements publics de coopération intercommunale (à l'exception de ceux de moins de 50 000 habitants) doivent créer une « commission consultative de services publics locaux », composée notamment de représentants d'associations locales ; celle-ci peut se prononcer sur toute question relative à l'amélioration des services publics locaux et doit en particulier formuler un avis sur tout projet de délégation de service public ainsi qu'examiner le rapport d'activité annuel établi par le délégataire (CGCT, art. L. 1413-1. – J.-F. Lachaume, *Participation et services publics locaux*. Mél. J. Moreau : *Economica*, 2003, p. 233). S'il était beaucoup attendu de la participation des usagers, elle peut parfois se révéler en pratique décevante tant ceux-ci apparaissent bien souvent indifférents.

165. - Participation des agents

Le principe de participation des travailleurs à la détermination collective des conditions de travail, est énoncé par l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution de 1946. En application de cette disposition, la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 (JO 14 juill. 1983, p. 2174) dispose que « les fonctionnaires participent par l'intermédiaire de leurs délégués siégeant dans les organismes consultatifs à l'organisation et au fonctionnement des services publics » (L. n° 83-634, 13 juill. 1983, art. 9). Ces organismes sont, à l'échelon national, le Conseil commun de la fonction publique, les Conseils supérieurs des fonctions publiques d'État, territoriale et hospitalière et, dans les différents services ou administrations, les comités techniques compétents pour les questions relatives à l'organisation et au fonctionnement du service, ainsi que les commissions administratives paritaires compétentes pour les questions individuelles relatives aux agents.

En outre, les conseils d'administration et de surveillance des entreprises publiques dans lesquelles l'État détient une participation majoritaire et dont nombre de salariés est au moins égal à 50, ou ayant la forme d'établissement public national, comprend un tiers de représentants de salariés (Ord. n° 2014-948, 20 août 2014, art. 7 : JO 23 août 2014, p. 14009).

Enfin, les agents des services publics administratifs gérés par une personne privée et ceux des services publics industriels et commerciaux sont, en principe, dans une situation individuelle de droit privé et ont donc droit à bénéficier des possibilités de participation qui résultent des dispositions du Code du travail. Cependant, lorsque le gestionnaire est un établissement public industriel et commercial ou une entreprise nationale dite « à statut », il convient de se référer au statut institutif.

d) Qualité

166. - Affirmation de la notion

Même si la notion de qualité n'est pas a priori juridique, différents textes récents insistent sur la nécessité d'instituer un service public de qualité (L. Cluzel-Métayer, *Le service public et l'exigence de qualité* : Dalloz, 2006. – M. Voisset, *La reconnaissance en France d'un droit des citoyens à la qualité dans les services publics* : RFDA 1999, p. 743). Ainsi, par exemple, il est exigé que le service universel des communications électroniques fournisse à tous « un service téléphonique de qualité à un prix abordable » (CPCE, art. L. 35-1) ou que le service public de l'électricité soit géré « dans les meilleures conditions [...] de qualité » (C. énergie, art. L. 121-1).

167. - Conséquences juridiques

Il est difficile de déterminer précisément les conséquences juridiques de la notion de qualité. Cette dernière peut toutefois être comprise comme impliquant l'accessibilité du service public.

Dans ce but, ont été créées, dans le cadre de politiques d'aménagement du territoire et de proximité, des « maisons de services *au* public » regroupant un lieu unique des services de l'État, de collectivités territoriales, d'organismes de sécurité sociale et même de personnes privées n'exerçant pas littéralement de missions de service public mais répondant à des besoins de la population du type commerces alimentaires ou bureaux de tabac (*L. n° 2000-321, 12 avr. 2000, art. 27*). En ce qui concerne plus particulièrement le secteur postal, ont été mises en place des procédures gratuites de réclamation des usagers devant un « Médiateur du service universel postal » (*CPCE, art. R. 1-1 à R. 1-10*).

Par ailleurs, des textes de « droit souple » ou *soft law*, dont la normativité est en conséquence faible, voire nulle, formalisés par des « circulaires » ou « chartes », énumèrent un certain nombre de principes d'actions ou d'engagements du type « transparence », « responsabilité », « simplicité », « clarté », « accessibilité », « participation », « adaptation », « confiance », « fiabilité », « médiation », ou « rapidité » qui relèvent de l'exigence de qualité (par ex. *Charte des services publics, 18 mars 1992*. - *Circ. 26 juill. 1995, relative à la préparation et à la mise en œuvre de la réforme de l'État et des services publics*. - « Charte » puis « Référentiel Marianne » relatifs à l'accueil et la qualité de service dans l'État).

C. - Statut des usagers

1° Situation juridique

168. - Pluralité des destinataires de la prestation

Les destinataires de la prestation de service public peuvent avoir des qualifications multiples (*J.-F. Lachaume, Personnes, administrés, usagers ou clients ? in IFSA, Administration : droits et attentes des citoyens : Doc. fr., 1998, p. 23*. - *Actes du colloque « Administré, usager, citoyen, public » : RFDA 2013, p. s. et 709 s.*). Ceux-ci sont normalement des « usagers » définis classiquement comme ceux « pour qui le service a été créé et fonctionne » (*P. Laroque, Les usagers des services publics industriels : Sirey, 1933, p. 14*). Cependant, cette qualification ne convient pas lorsque l'interlocuteur du service n'utilise pas effectivement et directement la prestation offerte (cas de services publics de souveraineté). Il doit donc, si la prestation est collective, être plutôt qualifié de « bénéficiaire indirect » (*J. du Bois de Gaudusson, L'usager du service public administratif : LGDJ, 1974, p. 14*). Néanmoins, la situation juridique du « bénéficiaire » est incertaine et doit être rapprochée de celle « d'administré ».

Par ailleurs, dans le cas de services publics industriels et commerciaux, le terme de « client » est parfois préféré à celui d'usager. Ce glissement sémantique exprime l'idée selon laquelle la relation avec le service n'appelle plus un assujettissement de l'usager mais est devenue strictement commerciale (*J. Amar, De l'usager au consommateur de service public : PUAM, 2001*. - *C. Barbier, L'usager est-il devenu le client du service public ? : JCP G 1995, I, 3816*. - *J.-P. Bizeau, Usagers ou clients du service public ? Le discours de l'Administration : Rev. adm. 1997, p. 209*. - *A. Van Lang, La privatisation de l'usager : RFDA 2013, p. 494*).

Enfin, il convient de distinguer l'usager du « tiers » au service, ce qui est parfois délicat en pratique. La jurisprudence a ainsi considéré que l'abonné au service du gaz, de l'eau, ou de l'électricité est tiers par rapport aux conduites principales mais usager du branchement particulier (*T. confl., 27 juin 1964, Pradal c/ Cne Homps : Dr. soc. 1965, p. 375, note Blavoet*). De même, la personne usager des installations d'une gare n'est pas nécessairement usager des chemins de fer (*CE, sect., 24 nov. 1967, min. TP et Transports c/ Labat : Lebon, p. 444*).

169. - Situation générale de l'usager

La notion d'usager implique juridiquement que ce dernier voit, aussi bien dans le cas d'un service public administratif qu'industriel et commercial, sa situation définie, au moins pour les

rapports collectifs, par les lois, les règlements ou les décisions des organes délibérants des collectivités territoriales et établissements publics ou celles du gestionnaire privé du service. En revanche, la situation de l'utilisateur dans ses relations individuelles avec le service est marquée par une diversité.

170. - Situation des usagers d'un service public administratif géré par une personne publique

Les usagers d'un service public administratif géré par une personne publique sont placés dans une situation légale et réglementaire de droit public. Par exception, le législateur a pu imposer des situations de droit privé (par exemple, fonctionnement des services publics de l'état civil et de la justice judiciaire, *L. 5 avr. 1937, sur les dommages subis par les élèves de l'enseignement public*. – *C. éduc.*, art. *L. 911-4*. – *L. n° 57-1424, 31 déc. 1957, sur la réparation des dommages causés par les véhicules*). De même, pour la jurisprudence, le locataire d'un office public d'HLM est lié par un contrat qui, en l'absence de clauses exorbitantes, est de droit privé (*CE, 6 oct. 1965, Denis : Lebon, p. 491*). Le refus de l'office d'attribuer un logement est cependant détachable du contrat et peut être contesté devant le juge administratif (*CE, 22 janv. 1971, Jure et Orbier : Lebon, p. 61*). L'emprunteur sur gage d'une caisse de crédit municipal est également dans une situation de droit privé (*CE, 13 juin 1979, Rieux : Lebon, p. 272*).

171. - Situation des usagers d'un service public administratif géré par une personne privée

Si le service public administratif est géré par une personne privée, le critère organique conduit normalement à appliquer le droit privé. Toutefois, le juge a considéré que les rapports entre les usagers d'une autoroute ou d'un pont départemental à péage ne faisaient pas naître une relation contractuelle de droit privé (*CE, 2 oct. 1985, Jeissou, SEM pont Saint-Nazaire/Saint-Brévin : Lebon, p. 544*). Cette solution a été un temps remise en cause par les juridictions judiciaires qui, au sujet de la récupération de la TVA acquittée par les transporteurs routiers aux péages d'autoroutes, s'étaient estimées compétentes et avaient considéré que l'exploitation des autoroutes constituait un service public industriel et commercial (par ex. *T. com. Paris, 16e ch. spéc., 3 avr. 2006, Assoc. transporteurs européens – SA coopérative des transports ASTRE c/ Escota, SAPRR, SANEF, ASF, SAPN, ATBM*. – *T. com. Paris, 3 avr. 2006, Sté Transports Isabelle Bourgeois : Dr. adm. 2006, comm.101, note D. Broussolle*). Cependant, par deux décisions, d'une part, SAS Transports Gautier et Transport Merret c/ Sté des autoroutes Esterel Côte d'Azur Provence Alpes (ESCOTA), Sté des autoroutes Paris-Normandie (SAPN), Sté des autoroutes du Nord et de l'Est de la France (SANEF) et Sté des autoroutes du Sud de la France (ASF) et, d'autre part, Préfet des Alpes-Maritimes, SA EGTL c/ Sté des autoroutes Esterel-Côte d'Azur Provence Alpes, du 20 novembre 2006, le Tribunal des conflits confirme que la construction et l'exploitation des autoroutes constituent un service public administratif et que, par voie de conséquence, les litiges opposant les sociétés concessionnaires et leurs usagers, même titulaires d'abonnements, relèvent de la juridiction administrative (*N.-C. Nourai, J.-L. Champy, Le service public autoroutier demeure un service public administratif : AJDA 2007, p. 849*).

De même, les actes individuels pris par une personne privée investie d'une mission de service public et mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique sont des actes administratifs (*CE, 22 nov. 1974, Féd. industries françaises articles de sport : Lebon, p. 537 ; D. 1975, jurispr. p. 739, note Lachaume*). Dans le même sens, si le dommage causé par un organisme privé trouve son origine directe dans la mise en œuvre d'une prérogative de puissance publique, l'action en responsabilité extra-contractuelle doit être dirigée devant le juge administratif (*CE, sect., 13 oct. 1978, ADASEA Rhône : Lebon, p. 368 ; AJDA 1979, p. 22, chron. Dutheillet de Lamothe et Robineau*).

172. - Situation des usagers d'un service public industriel et commercial

Le principe est que l'utilisateur d'un service public industriel et commercial est uni au service par « un lien de droit privé » (CE, 22 déc. 1921, *Sté générale d'armement* : Lebon, p. 1109. – S. Nicinski, *L'utilisateur du service public industriel et commercial* : L'Harmattan, 2001. – P. Sablière, *L'utilisateur du service public industriel et commercial* : AJDA 2006, p. 237).

173. - Situation des candidats-utilisateurs d'un service public industriel et commercial

Le droit privé est applicable y compris à l'égard du candidat-utilisateur, conçu comme celui qui souhaite accéder au service, alors même qu'il se trouve dans une situation précontractuelle (T. confl., 2 mars 1987, *Cie La Lutèce c/ EDF* : Lebon, p. 44 ; AJDA 1987, p. 774, note J.-B. Auby). En conséquence, seul le juge judiciaire est compétent à l'égard du candidat-utilisateur pour apprécier le refus d'accès au service résultant pourtant d'un acte unilatéral individuel (CE, 21 avr. 1961, *Agnesi* : Lebon, p. 253) ou la réparation des dommages causés par le service même si est en cause un travail public (T. confl., 17 oct. 1966, *Vve Canasse* : Lebon, p. 1966 ; D. 1967, jurispr. p. 262, note Durupty).

En revanche, le juge a estimé que le refus de raccordement du candidat-utilisateur au service constitue un refus d'exécuter un travail public ou de créer un ouvrage public (T. confl., 26 mars 1990, *SCI 47 Avenue Maréchal Joffre au Perreux* : Lebon, p. 392) et non un refus d'abonnement (CE, 26 nov. 1986, *Lelong* : Lebon, p. 451). De même, le juge administratif est compétent pour apprécier le refus faisant suite à la réclamation de sommes à caractère fiscal (CE, 31 janv. 1986, *SIVOM région Aigues-Mortes* : Lebon, p. 24). Enfin, il est toujours possible pour le candidat-utilisateur de contester devant le juge administratif la légalité d'une décision réglementaire conduisant à lui refuser l'accès au service (CE, 27 juill. 1994, *Charpentier* : Lebon, p. 334).

174. - Situation des utilisateurs effectifs d'un service public industriel et commercial

L'utilisateur effectif est celui qui bénéficie effectivement de la prestation offerte. Le contrat qui le lie au service est réputé de droit privé même si tous les éléments d'identification du contrat administratif sont satisfaits (CE, sect., 13 oct. 1961, *Éts Campanon-Rey* : Lebon, p. 567 ; AJDA 1962, p. 98, note de Laubadère. – V. aussi T. confl., 17 déc. 1962, *Bertrand* : Lebon, p. 831 ; AJDA 1963, p. 88, chron. Gentot et Fourré). De même, relève du droit privé la réparation des dommages causés par le service même si l'action est dirigée contre une personne publique ou si sont en cause un travail public ou un ouvrage public (CE, sect., 25 avr. 1958, *Barbaza* : Lebon, p. 228 ; AJDA 1958, II, p. 272, chron. Fournier et Combarous). Cette solution vaut y compris lorsque l'utilisateur est une personne publique (T. confl., 19 janv. 1998, n° 3007, *Assoc. syndicale propriétaires lotissement Erima* : JurisData n° 1998-050114 ; JCP G 1998, II, IV, 2379). Enfin, un utilisateur frauduleux et ayant bénéficié de la prestation est également lié au service par un lien de droit privé (T. confl., 5 déc. 1983, *Niddam c/ SNCF* : Lebon, p. 541).

2° Droits

a) Droits garantis

175. - Subjectivation des droits

On observe aujourd'hui, d'une manière générale, une évolution vers une subjectivisation des droits garantis pour les utilisateurs du service public consistant en une individualisation de leur relation au service et prise en compte leur situation personnelle (J.-F. Lachaume, *Les droits publics subjectifs des administrés* : Litec, 2011, p. 115). Cette évolution se manifeste, par exemple, pour le principe d'égalité devant le service public en ce qu'il s'agit de tenir compte d'une égalité concrète pour les destinataires du service (V. n° 135), par l'émergence d'une exigence de qualité (V. n° 166) ou la transformation de la relation d'utilisateur en client (S. Traoré, *L'utilisateur du service public* : LGDJ, coll. Systèmes, 2012).

176. - Droits à la transparence et à la participation

Si le secret a longtemps gouverné le fonctionnement des services publics, les usagers bénéficieraient désormais d'un droit à la transparence et à la participation. Différents textes ont en effet organisé, en leur qualité de « citoyens », des possibilités de disposer d'informations et de participer à la marche du service. Cependant, ces droits ne sauraient être absolus et sont strictement encadrés par les textes (V. n° 150 et 163).

177. - Droit au fonctionnement normal du service public

Le droit le plus certain pour l'usager reste en réalité celui, affirmé par la jurisprudence, au fonctionnement normal du service (CE, 25 juin 1969, *Vincent : Lebon*, p. 334 ; *AJDA* 1969, p. 55, *chron. Dewost et Denoix de Saint-Marc*). Ce droit est apprécié tout d'abord au regard des dispositions réglementaires régissant le service et qui peuvent résulter aussi bien d'un acte unilatéral que de clauses réglementaires figurant dans le contrat de délégation. Le droit au fonctionnement normal du service suppose ensuite le respect des principes fondamentaux ou complémentaires du service public (V. n° 117 s.). Ce droit est enfin apprécié *in concreto* par le juge en fonction notamment de circonstances de temps, de lieu, économiques ou de l'intérêt de l'usager.

b) Garantie des droits

178. - Droit à agir lié à la qualité d'usager

La jurisprudence a reconnu que la qualité d'usager ouvrait un intérêt à agir afin de contester par la voie du recours pour excès de pouvoir les décisions administratives concernant le service (CE, 21 déc. 1906, *Synd. propriétaires et contribuables quartier Croix-de-Seguey-Tivoli : DP* 1907, 3, p. 41, *concl. Romieu* ; S. 1907, 3, p. 33, *note Hauriou*).

179. - Actions de l'usager d'un service public administratif

L'usager d'un service public administratif est en principe dans une situation de droit public, légale et réglementaire (V. n° 170). La voie du recours pour excès de pouvoir lui est donc ouverte afin de contester la légalité des mesures, individuelles ou réglementaires, faisant obstacle à son droit au fonctionnement normal du service. Par cette voie, peuvent être tout particulièrement contestées les mesures d'ordre intérieur susceptibles d'avoir un effet direct sur les droits et obligations des usagers (CE, *ass.*, 17 févr. 1995, *Hardouin et Marie : JurisData* n° 1995-040789 et n° 1995-040791 ; *Lebon*, p. 82 et 85, *concl. Frydman*). Si la mesure méconnaissant le droit au fonctionnement normal du service émane d'un délégataire, l'usager peut demander à l'autorité publique délégante d'exiger de la part du premier qu'il prenne les mesures nécessaires, notamment au regard du cahier des charges (CE, 21 déc. 1906, *Synd. propriétaires et contribuables quartier Croix-de-Seguey-Tivoli*). Outre l'annulation de la mesure méconnaissant ses droits, l'usager peut obtenir réparation du préjudice éventuellement causé (CE, 6 nov. 1985, *Sté Condor-Flugdienst : Lebon*, p. 313 ; *AJDA* 1986, p. 84, *chron. Hubac et Azibert*). Cette responsabilité peut même être engagée sans faute si l'usager a subi un dommage anormal et spécial (*même arrêt*).

180. - Actions de l'usager d'un service public industriel et commercial

L'usager d'un service public industriel et commercial est en principe uni à ce dernier par un lien de droit privé (V. n° 172). Il ne peut donc contester la mesure individuelle le concernant devant le juge administratif (CE, 21 avr. 1961, *Agnesi*). Il peut en revanche faire valoir ses droits subjectifs tirés du contrat devant le juge judiciaire.

Toutefois, si devant ce dernier se pose une question relative à l'interprétation et à la validité du règlement organisant le service, le juge judiciaire non répressif doit normalement surseoir à

statuer et renvoyer la question préjudicielle au juge administratif (*CE*, 5 juill. 1957, *Sté industrielle Oléagineux* : *Lebon*, p. 489). Dans le même sens, l'usager peut directement contester devant ce dernier, par la voie du recours pour excès de pouvoir, une mesure réglementaire (*T. confl.*, 15 janv. 1968, n° 3033, *Cie Air France c/ Épx Barbier* : *Lebon*, p. 789 ; *RDP* 1968, p. 893, note *Waline*).

Enfin, l'usager qui subirait un préjudice du fait de l'action ou de l'abstention du service, peut engager devant le juge judiciaire une action en responsabilité civile, contractuelle ou quasi délictuelle, sauf si le dommage trouve son origine dans l'exercice d'une prérogative de puissance publique (*CE*, *sect.*, 13 oct. 1978, *ADASEA Rhône*) ou une décision d'organisation du service (*T. confl.*, 7 oct. 1996, n° 3033, *préfet Essonne* : *JurisData* n° 1996-051135 ; *RFDA* 1997, p. 189).

Si l'usager d'un service public industriel et commercial, à l'occasion d'un litige contractuel, soulève l'illégalité d'un règlement d'organisation du service devant le juge judiciaire non répressif, ce dernier doit renvoyer par voie préjudicielle cette question au juge administratif. Cela ne fait toutefois pas obstacle à ce que celui-ci applique les dispositions du Code de la consommation (*CE*, *sect.*, 11 juill. 2001, n° 221458, *Sté eaux du Nord* : *JurisData* n° 2001-062535 ; *CJEG* 2001, p. 496, *concl. C. Bergeal* ; *RDP* 2001, p. 1495, note *G. Eckert*. – *CE*, 13 mars 2002, n° 177509, *UFC* : *JurisData* n° 2002-064208 ; *RFDA* 2002, p. 672).

181. - Étendue du contrôle exercé par le juge

Si les règlements définissent de manière précise l'organisation et le fonctionnement du service, le juge tend à exercer un contrôle normal sur la qualification juridique des faits retenus par l'Administration. Au contraire, faute de références précises, le juge entend laisser à l'Administration un pouvoir discrétionnaire afin d'assurer le fonctionnement normal du service. Il n'exerce donc alors qu'un contrôle minimum consistant à vérifier l'absence d'erreur manifeste d'appréciation (par ex. *CE*, 15 janv. 1997, n° 129653, *Féd. nat. usagers de transports* : *JurisData* n° 1997-050043 ; *Lebon*, p. 225).

BIBLIOGRAPHIE -----

--Division biblio. - Ouvrages

Association française pour la recherche en droit administratif (AFDA) (Coll.) ✕ Le service public ✕ Dalloz, 2014

J. Chevallier ✕ Le service public ✕ PUF, coll. Que sais-je ?, 2018

Conseil d'État (Coll.) ✕ Service public, services publics. Déclin ou renouveau ? ✕ EDCE n° 46, 1994

P. Esplugas-Labatut ✕ Le service public ✕ Dalloz, coll. Connaissance du droit, 2018

G.-J. Guglielmi, G. Koubi ✕ Droit du service public ✕ Montchrestien, Domat, 2016

R. Kovar, D. Simon (ss dir.) ✕ Service public et Communauté européenne. Entre l'intérêt général et le marché. Actes du colloque de Strasbourg, travaux de la CEDECE, 2 t. ✕ Doc. fr., 1998

J.-F. Lachaume, C. Boiteau, H. Pauliat, C. Deffigier ✕ Droit des services publics ✕ LexisNexis, 2018

D. Linotte, R. Romi, E. Cadeau ✕ Droit du service public ✕ LexisNexis, 2014

--Fin de div. biblio -----